

Menneskerettigheter i EØS-retten

Suverenitet og harmonisering

Kandidatnummer: 108

Veileder: Ola Mestad

Semester: Høst 2005

Antall ord: 39 604

Dato: 10.11.2005

Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE	1
---------------------------	---

DEL I INTRODUKSJON

1 INNLEDNING.....	5
1.1 Avhandlingens tema	5
1.2 Presiseringer.....	9
1.3 Fremstillingen videre	10

DEL II MENNESKERETTIGHETSVERNET I EU

2 FREMVEKSTEN AV EUS MENNESKERETTIGHETSVERN: ET SAMSPILL MED NASJONALE DOMSTOLER	12
2.1 Det første skrittet: Forholdet til medlemsstatenes forfatningstradisjoner.....	12
2.2 Det andre skrittet: Forholdet til internasjonale menneskerettighetstraktater	15
3 EMKS EU-RETTLIGE STILLING	19
4 I HVILKE SITUASJONER KOMMER EF-RETTENS MENNESKERETTIGHETSVERN TIL ANVENDELSE?	22
4.1 Kontroll med fellesskapets handlinger	22
4.2 Kontroll med medlemsstatenes handlinger.....	23
4.2.1 Kontroll med den nasjonale gjennomføringen og håndhevelsen av fellesskapsretten.....	23
4.2.2 Kontroll med medlemsstatenes bruk av EF-rettens derogasjonshjemler.....	24
4.3 Oppsummering.....	25

DEL III MENNESKERETTIGHETENE I EØS

5 INNLEDNING.....	28
6 EØS-AVTALENS TEKST OG MENNESKERETTIGHETENE	31
6.1 EØS-avtalens fortale og felleserklæring nr. 22	31

7	FUNDAMENTALE RETTIGHETER I EFTA-DOMSTOLENS RETTSPRAKSIS	35
7.1	Innledning	35
7.2	Sak E-8/97, TV 1000 Sverige AB vs. den norske regjering.....	35
7.3	Sak E-2/02, Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona vs. EFTAs overvåkningsorgan	36
7.4	EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/03, <i>Ásgeirsson</i>	38
7.4.1	Sakens faktum. EFTA-domstolens uttalelse om fundamentale rettigheters stilling i EØS	38
7.4.2	Begrepet «fundamentale rettigheter»	39
7.4.3	«...tolkes i lys av...»	41
7.4.4	EMKs status i EØS-retten	42
8	HOMOGENITETSPRINSIPPET I EØS	45
8.1	Innledende bemerkninger	45
8.2	EØS-avtalens artikkel 6, jf. ODA-avtalens artikkel 3 (2)	46
8.3	Relevanskriteriet	47
8.4	Sentrale forskjeller mellom EØS-avtalen og EU-systemet	49
8.4.1	Traktatenes formål.....	49
8.4.2	Traktatenes karakter	50
8.4.3	Samarbeidets omfang	52
8.4.4	Forskjellenes betydning for relevanskriteriets innhold	52
8.5	Er fellesskapsrettens menneskerettighetsvern «relevant» i EØS?	53
8.5.1	Er fellesskapsrettens vern om fundamentale rettigheter et utslag av EF-samarbeidets integrasjonsformål og «overnasjonale» karakter?	53
8.5.2	Følger for EØS	55
8.6	EFTA-domstolens vekt på homogenitetsmålsetningen	58
8.7	Presisering av den videre problemstilling.....	61
9	OMFANGET AV EØS-AVTALENS VERN OM FUNDAMENTALE RETTIGHETER	63
9.1	Innledning	63
9.2	Kontroll med EØS- og EFTA-organenes handlinger?	64
9.2.1	«Kontroll» med EØS-regelverket?.....	64
9.2.2	Konsekvensene av en EØS-regels brudd på fundamentale rettigheter.....	65
9.2.3	EFTA-domstolens handlingsalternativer.....	67
9.2.4	Kontroll med institusjonenes øvrige myndighetsutøvelse?.....	69

9.3	Vurdering og kritikk: Er det behov for en tilsvarende institusjonskontroll i EØS-systemet som i EF?	70
9.3.1	Behovet for en «regelverkskontroll»	70
9.3.2	Behovet for kontroll med institusjonenes øvrige handlinger	72
9.4	Kontroll med medlemsstatenes handlinger?	73
9.4.1	Kildene til EF-rettsens fundamentale rettigheter – like naturlige i EØS?	74
9.4.2	Kontrollsituasjon 1: EFTA-statenes nasjonale gjennomføring og håndhevelse av EØS-bestemmelser	75
9.4.3	Betydningen av homogenitetsmålsetningen og EFTA-statenes suverenitet for kontrollsituasjon 1	76
9.4.4	Kontrollsituasjon 2: EFTA-statenes bruk av EØS-avtalens derogasjonshjemler	78
9.4.5	Betydningen av homogenitetsmålsetningen og EFTA-statenes suverenitet for kontrollsituasjon 2	80
9.5	Sammenfatning	82

DEL IV EU OG EØS SETT FRA EMK

10	INNLEDNING	85
11	RETTSPRAKSIS FREM TIL AVGJØRELSEN I <i>BOSPHORUS</i>	88
12	BOSPHORUS VS. IRLAND	93
12.1	Sakens faktum	93
12.2	Ansvar for gjennomføringen av forordninger?	96
12.2.1	Oppsummering	99
12.3	Gir EU en «tilsvarende» rettighetsbeskyttelse som EMK?	100
12.4	Et «paradigmeskifte»?	101
13	MENNESKERETTIGHETSDOMSTOLENS ANTATTE HOLDNING TIL EØS	104
13.1	Innledning	104
13.2	Overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon?	104
13.3	Gir EØS-avtalen et «tilsvarende rettighetsvern» som EMK?	106
13.4	Sammenfatning	109

DEL V AVSLUTNING

14	EMK I VEIKRYSSSET	111
	KILDELISTE	115

Del I Introduksjon

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Ved slutten av 2. verdenskrig lå store deler av Europa i ruiner. Politisk undertrykkelse og teorier om rasemessig overlegenhet hadde ført til grusomme lidelser for Europas befolkning, og kontinentet var splittet gjennom krigsallianser og ulike politiske oppfatninger. Oppgaven med å gjenoppbygge landenes tillit til hverandre og skape grunnlag for en varig fredstilstand krevde nye strukturer, nye institusjoner og nye prinsipper. Denne erkjennelsen ga seg utslag i multinasjonalt samarbeid som etter hvert utviklet seg i to forskjellige retninger: En med fokus på demokrati, menneskerettigheter og rettssikkerhet, med Europarådet i spissen, og en med hovedvekt på dyp økonomisk integrasjon gjennom opprettelsen av et europeisk økonomisk fellesskap.

Den første "retningen", Europarådet, ble opprettet ved traktat av 5. mai 1949.¹ Organisasjonen var en del av de vesteuropeiske statenes ideologiske og politiske reaksjon mot overgrep fra nazi-regimet og mot østblokken, og formålet var etter traktatens artikkel 1 (a) å oppnå større enhet mellom medlemsstatene for å sikre og virkeliggjøre deres felles idealer om demokrati, rettssikkerhet og menneskerettigheter.²

Et av de mest kjente resultatene av Europarådets arbeid er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.³ Den ble åpnet for undertegning i Roma 4. november 1950, og trådte i kraft 3. september 1953. EMK er nå ratifisert av samtlige av Europarådets medlemmer. Konvensjonen med sine protokoller omhandler hovedsakelig sivile og politiske rettigheter, og håndheves mot stater ved klage fra individer og andre stater. Etter en reform av 1. november 1998 er Den europeiske menneskerettighetskommisjon, som tidligere sto for en stor andel av klagebehandlingen, nedlagt, og det er nå bare ett organ, den nye permanente europeiske menneskerettighetsdomstolen⁴ i Strasbourg, som tar standpunkt til avvisnings- og realitetsspørsmål etter konvensjonen.⁵ Det er særlig den

¹ Statute of the Council of Europe – May 5, 1949.

² Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002, s. 68.

³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Traktaten vil i det følgende bli omtalt som "EMK" eller bare "konvensjonen".

⁴ Heretter "Menneskerettighetsdomstolen" eller "EMD".

⁵ For en gjennomgang av tilsynssystemet før og nå, se for eksempel Møse (henvisning note 2 ovenfor) s. 108-124.

individuelle klageadgangen som særmerker EMK i forhold til andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter, og som gjør konvensjonen så vidt effektiv som den er.

Den andre "retningen" i Europa etter 2. verdenskrig, Det europeiske (økonomiske) fellesskap,⁶ hadde et noe annet fokus enn Europarådet. Fellesskapet ble etablert ved EF-traktaten av 25. mars 1957,⁷ og gikk i all hovedsak ut på økonomisk samarbeid og dyp økonomisk integrasjon. Siktemålet var å skape et *felles europeisk marked*; ut over dette var ambisjonene begrensede. Noen bestemmelser om grunnleggende menneskerettigheter og verdier ble ikke inntatt i traktatverket. Det siste har trolig sin bakgrunn i at et mye mer ambisiøst forslag om et europeisk politisk fellesskap, lagt frem i et traktatutkast av 1953, ble oppgitt hovedsakelig på grunn av fransk motstand. Et uttalt hovedformål med det foreslåtte politiske fellesskapet var beskyttelsen av fundamentale rettigheter og friheter, og dette skulle oppfylles blant annet ved at bestemmelsene i EMK ble inkorporert i traktaten. Det er trolig at man ved utarbeidelsen av EF-traktaten utviste stor tilbakeholdenhet for å unngå at denne skulle lide samme skjebne som forslaget av 1953. Videre er det mulig at man antok at en funksjonelt begrenset økonomisk organisasjon lite trolig ville gripe inn i tradisjonelle menneskerettigheter som var beskyttet blant annet ved EMK.⁸

Fellesskapets handlinger viste seg imidlertid snart å ha betydelig innvirkning på et bredt spekter av politiske og sosiale spørsmål, og dets kompetanse ble utvidet til å omfatte områder som miljø, forbrukerbeskyttelse, kultur, helse og utdanning. Videre førte prinsippene om EF-rettens forrang og direkte virkning til at fellesskapsrettslige beslutninger ofte fikk innvirkning på privates rettsstilling. Dermed oppsto det også spørsmål om fellesskapets forhold til fundamentale rettigheter.⁹ Til å begynne med var spørsmålene forbeholdt til rettighetskataloger inntatt i medlemsstatenes forfatninger, men etter hvert ble også bestemmelsene i EMK viet atskillig oppmerksomhet. Etableringen av Den europeiske union, med den tilhørende introduksjonen av en felles utenriks- og sikkerhetspolitikk ("søyle II" av EU-samarbeidet) og av politisamarbeid og rettslig samarbeid i straffesaker (EUs "søyle III") vil neppe minske denne typen saker. Særlig den felles utenriks- og sikkerhetspolitikk beveger seg, gjennom muligheten for bestemmelser om for eksempel terrorisme, inn på områder som tradisjonelt har stått i sentrum for menneskerettighetskonvensjonenes oppmerksomhet.

⁶ Det europeiske fellesskap forkortes som "EF", og omtales også som "fellesskapet". "De europeiske fellesskap" inkluderer EF og Euratom-samarbeidet, samt tidligere også EKSF.

⁷ Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap. Traktaten omtales helst som "EF-traktaten" eller også "Roma-traktaten".

⁸ Se Craig, Paul. *EU Law. Text, cases, and materials*. Paul Craig og Gráinne de Búrca. 3. utg. Oxford, 2003, s. 318.

⁹ Op. cit. s. 319.

Den 2. mai 1992 ble avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) inngått mellom EF på den ene siden og EFTA-landene på den annen. Avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Den innebærer at EFTA-statene gjøres til en integrert del av EUs *indre marked*: EF-traktatens bestemmelser om fri bevegelse av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital, samt bestemmelsene om felles konkurransevilkår for næringslivet, er for en stor del og ofte i tilnærmet identisk form tatt inn i avtaleteksten. På den annen side omfatter ikke EØS de delene av EU-samarbeidet som går *ut over* reguleringen av det indre marked, slik som unionsborgerskapet, den økonomiske og monetære union, utenriks- og sikkerhetspolitikken og justis- og politisamarbeidet. For EFTA-statene var EØS-avtalen slik en måte å oppnå de økonomiske fordelene ved EU-medlemskap på, uten samtidig å overta de videre politiske rettighetene og forpliktelsene som EU-landene har.¹⁰

Et sentralt formål med EØS-konstruksjonen er *regelhomogenitet*. EØS-avtalens fortale uttrykker i 5. ledd at samarbeidet skal være "dynamisk og ensartet". I dette ligger at EØS-bestemmelsene skal tolkes og anvendes på samme måte som den underliggende EF-retten, og utvikle seg videre i takt med de fellesskapsrettslige områdene som EØS-avtalen omfatter.¹¹ I den grad EF-rettens regler om de fire friheter og lik konkurranse reiser spørsmål med hensyn til menneskerettighetene, kan følgelig EØS-retten komme til å gjøre det samme.

Vi ser etter dette at man både i EF-systemet, EØS og (selvfølgelig) Strasbourg kan komme til å måtte behandle spørsmål angående menneskerettighetene, slik disse er uttrykt ved EMK. Hvert av disse rettssystemene har sin egen domstol, henholdsvis EF-domstolen, EFTA-domstolen og Menneskerettighetsdomstolen, som følgelig vil ta stilling til menneskerettighetsproblematikken i de konkrete sakene som blir reist innen hvert system. I tillegg kommer naturligvis de enkelte nasjonale rettsordener og domstoler, men disse lar vi ligge i denne sammenheng. Med andre ord har vi kommet til et punkt der Europas "to retninger" krysser hverandre.

Problemet med denne "krysningen" er at det i utgangspunktet ikke finnes noen kollisjonsnormer for en mulig uoverensstemmelse mellom de to "retningene" – EF- og EØS-systemet på den ene siden, og EMK på den annen. EF er pr. 2005 ikke part i EMK,¹² og EØS, som i motsetning til EF ikke er et folkerettssubjekt,¹³ har ikke engang

¹⁰ Se *EØS-rett*. Fredrik Sejersted ... [et al.]. Oslo, 2004, s. 83.

¹¹ Op. cit. s. 84.

¹² I Opinion 2/94 (Accession by the Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), Sml. 1996 s. I-1759, slo EF-domstolen fast at fellesskapet ikke engang har *kompetanse* til å tiltre EMK. I Traktaten om en forfatning for Europa av 29. oktober 2004 er det likevel uttrykt at EU skal "slutte seg til" EMK, jf. artikkel I-9 nr. 2. Forfatningstraktaten er imidlertid ikke trådt i kraft, og dens fremtid er pr. november 2005 heller uvisst.

kompetanse til å tiltre konvensjonen. Dette medfører at Menneskerettighetsdomstolen, som EMKs "høye vokter" er uten myndighet overfor EF- og EØS/EFTA-institusjonene, og ikke har adgang til å behandle klager rettet mot beslutninger truffet av disse organene. Noen uavhengig, "overordnet" konfliktløsningsmekanisme finnes heller ikke.¹⁴

En eventuell samordning av "retningene" må derfor skje internt i hvert rettssystem, på systemets egne premisser. En slik form for "harmonisering" har funnet sted i EF-retten: Gjennom EF-domstolens praksis og de senere års traktatendringer og –tillegg er fundamentale rettigheter, utledet blant annet av bestemmelsene i EMK, blitt brakt inn i fellesskapssystemet. Denne utviklingen, og det mangfoldet av spørsmål den reiser, er de siste tiårene blitt ofret mye oppmerksomhet i europarettlig litteratur.¹⁵

Det temaet denne avhandlingen vil ta for seg, er om en tilsvarende "samordning" mellom økonomiske markedsfriheter og fundamentale rettigheter også finner sted i EØS-systemet. Spørsmålet er med andre ord om EØS-avtalen inneholder et tilsvarende vern om fundamentale rettigheter som det som gjelder i EF. Den nære tilknytningen mellom fellesskaps- og EØS-retten, særlig opprettholdt gjennom prinsippet om homogenitet, danner bakgrunnen for problemstillingen og medfører at drøftelsene for en stor del må skje i lys av EF-retten. Samtidig utgjør både EF-konstruksjonen og EØS-avtalen *egne* rettssystemer – rettsordener *sui generis* -, noe som innebærer at løsningen innenfor henholdsvis fellesskapet og EØS ikke nødvendigvis behøver å være den samme.¹⁶

I tillegg til en vurdering på bakgrunn av rettsstillingen i EF, kan spørsmålet om et mulig menneskerettighetsvern i EØS også analyseres fra et EMK-ståsted. Selv om

¹³ Den tradisjonelle definisjonen av et folkerettssubjekt er "an entity capable of possessing international rights and duties and having the capacity to maintain its rights by bringing international claims". Se Brownlie, Ian. *Principles of Public International law*. 6. utg. Oxford, 2003, s. 57.

¹⁴ Ingvald Falch har tatt opp spørsmålet om *folkerettens* kollisjonsnormer kan gi noen veiledning for løsningen av en eventuell konflikt mellom EF-retten og EMK. Særlig drøfter han regelen i Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 30 nr. 4 om forholdet mellom statenes eldre og yngre traktatforpliktelser. Konklusjonen er imidlertid at verken denne regelen eller folkeretten for øvrig gir noe videre godt grunnlag for å ta stilling til en slik konflikt. Se Falch, Ingvald. *Menneskerettigheter og EU/EØS – En eller flere konstitusjoner for Europa?* I: Lov og Rett 1997 s. 451, på s. 468-469.

¹⁵ Av standardverker kan det her for eksempel vises til Craig og de Búrca (henvisning note 8 ovenfor) s. 317-370 og Hartley, T.C. *The Foundations of European Community Law*. 5. utg. Oxford, 2003, s. 135-146. I tillegg kommer et bortimot talløst antall artikler om emnet.

¹⁶ At EØS-avtalen er et rettssystem *sui generis* ble slått fast av EFTA-domstolen i sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir vs. Island*. Det samme ble med hensyn til fellesskapsretten fremholdt av EF-domstolen tidlig på 1960-tallet, for eksempel i sak 26/62, *van Gend & Loos*, Sml. 1963 s. 3 og sak 6/64, *Costa vs. Enel*, Sml. 1964 s. 1194.

Menneskerettighetsdomstolen er uten myndighet overfor EF- eller EØS/EFTA-organene, har den kompetanse til å behandle klager rettet mot *medlemsstatene* i EF og EØS, som alle har ratifisert EMK. Både fellesskaps- og EØS-konstruksjonen er slik bygget opp at *håndhevingen* av denne retten for en stor del er overlatt til medlemslandenes myndigheter. Spørsmålet blir derfor om den enkelte stat kan holdes ansvarlig under EMK for eventuelle konvensjonskrenkelser som skyldes gjennomføringen og håndhevingen av fellesskaps- eller EØS-regler. Menneskerettighetsdomstolen har ikke tatt stilling til denne problemstillingen i forhold til EØS, men den har hatt oppe saker som har dreid seg om den nasjonale gjennomføringen av fellesskapsrett. Disse avgjørelsene kan gi veiledning også med hensyn til hvordan utfallet ville blitt dersom det var en EØS-regel som sto i sentrum for oppmerksomheten.

1.2 Presiseringer

EØS-avtalen omfatter som nevnt ikke de delene av EU-samarbeidet som går ut over reguleringen av det indre marked. I EU er bestemmelsene om fellesmarkedet inntatt i EF-traktaten, og hører inn under "EF-søylen" av det tredelte EU-samarbeidet. De to øvrige søylene, den felles utenriks- og sikkerhetspolitikken ("søyle II") og politisamarbeidet og det rettslige samarbeidet i straffesaker ("søyle III") faller følgelig utenfor det som er relevant for EØS-avtalen. De menneskerettighetsrelaterte spørsmålene som EUs søyle to og tre kan gi opphav til (og det kan fort tenkes å være mange), vil altså ikke bli behandlet her. I den grad også EF-traktaten inneholder bestemmelser som ikke er del av EØS-avtalen, vil den rettighetsproblematikken som disse reglene reiser – det kan for eksempel vises til reguleringen av unionsborgerskapet i EF-traktatens annen del – falle utenfor avhandlingens problemstilling.

Avgrensningen mot de delene av EU-retten som ikke har betydning for EØS, fører videre til at EUs Charter om grunnleggende rettigheter, høytidelig kunngjort av fellesskapsinstitusjonene på Rådets toppmøte i Nice i desember 2000,¹⁷ ikke vil bli undergitt noen grundig behandling. Det samme gjelder Traktaten om en forfatning for Europa, underskrevet i Roma 29. oktober 2004, som, dersom den trer i kraft, både vil gi det foreløpig ikke-bindende Charteret rettslig virkning (artikkel I-9 nr. 1), og trolig medføre at unionen tiltrer EMK, med de komplikasjoner dette måtte medbringe (artikkel I-9 nr. 2). Etter at blant annet Frankrike i sin folkeavstemning sa nei til traktaten, er dens fremtid per november 2005 uansett svært uviss.

Som vi skal se, henter EF-domstolen ved fastleggelsen av hvilke rettigheter som er vernet i fellesskapet inspirasjon både fra EMK og andre internasjonale menneske-

¹⁷ Se [2000] OJ C364/1.

rettighetsinstrumenter, og fra medlemsstatenes forfatningsmessige tradisjoner. Den sistnevnte "inspirasjonskilden" har i fellesskapsretten reist mange kompliserte spørsmål. Blant annet er det blitt diskutert om det skal legges til grunn en "maksimumstilnærming" til statenes konstitusjoner, som i tilfelle vil innebære at enhver forfatningsbeskyttet rettighet også er vernet i EF-retten, eller om det snarere skal siktes mot et "minste felles multiplum". Slike problemstillinger - i forhold til EFTA-landenes forfatninger - vil ikke bli behandlet her. Det vil heller ikke bli foretatt noen detaljert gjennomgang av EØS-avtalens forhold til de *enkelte* rettighetene i EMK (eller for den saks skyld andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter), og de problemene disse kan reise. I det hele tatt siktes det inn på en *generell* behandling av om EØS-samarbeidet inneholder – og *bør* inneholde - et tilsvarende vern om fundamentale rettigheter som det EF-retten gjør.

1.3 Fremstillingen videre

Del II omhandler beskyttelsen av fundamentale rettigheter i EU. Det gis en oversikt over bakgrunnen for og fremveksten av et EU-rettslig menneskerettighetsvern (kapittel 2), EMKs etter hvert nokså særpregede stilling (kapittel 3), og de situasjonene der EU-rettens rettighetsvern kommer til anvendelse (kapittel 4). Hensikten med del II er å gi en bakgrunn for de videre drøftelsene av fundamentale rettigheters stilling i EØS, og behandlingen er derfor gjort forholdsvis kort. Det mangfoldet av spørsmål som EUs forhold til menneskerettighetene reiser, er allerede blitt viet mye oppmerksomhet i europarettlig litteratur.

Del III tar for seg avhandlingens hovedproblemstilling: Menneskerettighetenes stilling i EØS. Etter en gjennomgang av henvisningene til menneskerettighetene i EØS-avtalens tekst (kapittel 6) og EFTA-domstolens forholdsvis sparsomme rettspraksis (kapittel 7), tar kapittel 8 for seg EØS-samarbeidets homogenitetsmålsetning og dennes betydning for innføringen av et EØS-rettslig menneskerettighetsvern. Dette er et svært sentralt spørsmål. Behandlingen legger særlig vekt på relevanskriteriet i EØS-avtalens artikkel 6 og de sentrale forskjellene mellom EØS- og EU-systemet.

Ulikhetene mellom EØS-konstruksjonen og EU-retten gir etter min mening særlig grunn til å spørre om omfanget av den EØS-rettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter er den samme, det vil si omfatter de samme situasjoner, som EU-rettens rettighetsvern. Dette spørsmålet er undergitt en særskilt behandling i kapittel 9.

I del IV blir avhandlingens problemstilling sett fra EMK-systemets og Menneskerettighetsdomstolens side. Spørsmålet er særlig i hvilken grad man i Strasbourg holder konvensjonsstatene ansvarlig for deres gjennomføring og håndhevelse av EU- eller EØS-rettslige forpliktelser. Den relevante rettspraksis fra Menneskerettighetsdomstolen blir drøftet i kapitlene 11 og 12, mens en vurdering av domstolens antatte holdning til EØS-avtalen blir foretatt i kapittel 13.

Del II Menneskerettighetsvernet i EU

2 Fremveksten av EUs menneskerettighetsvern: Et samspill med nasjonale domstoler

Menneskerettighetsvernet i EU har grodd frem gradvis, og er et godt eksempel på samspillet mellom unionen og dens medlemsstater. EF-domstolens beskyttelse av fundamentale rettigheter hadde sitt utspring i behovet for en «harmonisering» mellom fellesskapsretten og medlemsstatenes rettssystemer, oppstått på bakgrunn av interne domstolars krav om at EF-retten måtte vike for nasjonale forfatningsmessige rettigheter. Dermed sto særlig rettighetskataloger inntatt i medlemslandenes konstitusjoner sentralt i EU-rettighetsvernets tidlige år. Etter hvert har imidlertid også internasjonale menneskerettighetstraktater, og da særlig EMK, blitt viet atskillig oppmerksomhet.

I dette kapitlet tar jeg for meg utviklingen i EF-domstolens praksis frem mot det menneskerettighetsvernet vi kjenner i dag. Kapittel 3 går nærmere inn på EMKs særskilte EU-rettslige status, og i kapittel 4 foretar jeg en kort behandling av de situasjonene der fellesskapsrettens menneskerettighetsvern får anvendelse.

2.1 Det første skrittet: Forholdet til medlemsstatenes forfatningstradisjoner

Da de første sakene angående fundamentale rettigheter kom opp for EF-domstolen sent på 1950-tallet, stilte den seg svært negativ til saksøkernes krav om at rettigheter beskyttet i nasjonal rett også måtte innrømmes et fellesskapsrettslig vern. I *Stork vs. High Authority*¹⁸ nektet EF-domstolen å annullere en beslutning av den Høye Myndighet på bakgrunn av dens påståtte uforenlighet med sentrale rettigheter i den tyske forfatningen. Domstolen uttalte at «(...) the High Authority is not empowered to examine a ground of complaint which maintains that, when it adopted its decision, it infringed principles of German constitutional law.»¹⁹ Den samme avvisende holdningen ble uttrykt i *Geitling vs. High Authority*²⁰, der EF-domstolen ikke bare avslo at bestemmelser i den tyske forfatningen kunne ha relevans for konflikten, men også at fellesskapsretten kan gi en tilsvarende rettighetsbeskyttelse: Domstolen uttalte at «(...) Community law, as it arises

¹⁸ Sak 1/58, *Stork vs. High Authority*, Domssaml. 1959 s. 17.

¹⁹ l.c., premiss 4.

²⁰ Forente saker 36, 37, 38 og 40/59, *Geitling vs. High Authority*, Domssaml. 1960 s. 423.

under the ECSC Treaty, does not contain any general principle, express or otherwise, guaranteeing the maintenance of vested rights.»²¹

Utover på 1960-tallet ble det imidlertid mer og mer tydelig at særlig tyske domstoler fant det vanskelig å svelge at nasjonale forfatningsmessige rettigheter skulle være uten fellesskapsrettslig betydning. Og for EF-domstolen, som nettopp hadde begynt utviklingen av en av bærebjelkene i EF-samarbeidet – prinsippet om fellesskapsrettens forrang fremfor nasjonal rett – var det av største viktighet å beskytte denne doktrinen mot et mulig «opprør» fra medlemsstatenes side. Dermed var domstolen nødt til å endre sin negative holdning til fundamentale rettigheters plass innen fellesskapssystemet. «Trusselen» mot forrangsdoktrinen fremgår klart av den prejudisielle foreleggelsen i saken *Stauder vs. City of Ulm*,²² der forvaltningsdomstolen i Stuttgart uttalte at dersom EF-domstolen ikke tok ansvar for å beskytte forfatningsmessige rettigheter

«(...) then the national courts of the Federal Republic of Germany would, in spite of the disruption of such a result, feel compelled to reserve for themselves the ultimate power of examining the constitutionality of Community acts (...) according to the fundamental rights laid down in the West German constitution.»²³

Det var da også i *Stauder* at EF-domstolen introduserte en ny holdning til fundamentale rettigheters stilling i fellesskapsretten. Saken dreide seg om en beslutning av Kommisjonen om at visse grupper sosialklienter kunne kjøpe smør til nedsatte priser, på den betingelse at den lokale selgeren fikk en kupong utstedt i sosialklientens navn. Dette vilkåret ble påklaget av Erich Stauder, som hevdet at identifikasjonsplikten stred mot den forfatningsbeskyttede retten til personvern.

I motsetning til i *Stork* og *Geitling*, nektet ikke EF-domstolen for at grunnleggende prinsipper av den typen Stauder påberopte seg kunne få anvendelse også innenfor fellesskapsretten. Men etter å ha tolket beslutningen i lys av de forskjellige språkversjonene av teksten, kom domstolen til at det ikke *var* nødvendig å identifisere mottakerne av billigere smør ved navn. Dermed inneholdt den påklagede bestemmelsen «nothing capable of prejudicing the fundamental human rights *enshrined in the general principles of Community law* and protected by the Court.»²⁴ (min uth.)

Slik ble doktrinen om at fundamentale rettigheter er en del av EF-rettenens alminnelige prinsipper, beskyttet av EF-domstolen, introdusert. Fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper er et svært bredt konsept, som EF-domstolen har brukt aktivt i sin

²¹ I.c., s. 438-439

²² Sak 29/69, *Erich Stauder vs. City of Ulm*, Sml. 1969 s. 419.

²³ Referert i Douglas-Scott, Sionaidh. *Constitutional Law of the European Union*. [London], 2002, s. 439.

²⁴ Premiss 7.

utvikling av fellesskapsretten. Ideen er at dersom en avgjørelse kan vises å være utledet av et allment godtatt prinsipp, skaper dette en sikker rettslig basis for avgjørelsens innhold.²⁵ Det er også verdt å merke seg at begrepet «fundamentale rettigheter» i utgangspunktet omfatter mer enn bare grunnleggende menneskerettigheter: EF-domstolen har for eksempel karakterisert samtlige av EF-traktatens fire friheter som «fundamentale.»²⁶

Den nye doktrinen introdusert i *Stauder* ble gjentatt og videreført i saken *Internationale Handelsgesellschaft*.²⁷ Saksøkeren, import- og eksportfirmaet Internationale Handelsgesellschaft mbH, hevdet her at et depositumsystem for eksporten av visse landbruksvarer, fastsatt i dagjeldende forordning (EØF) nr. 120/67, var ugyldig som følge av at det krenket grunnleggende rettigheter beskyttet i den tyske forfatningen.

I sitt svar på den prejudisielle foreleggelsen fra forvaltningsdomstolen i Frankfurt-am-Main uttalte EF-domstolen først at

«The validity of [Community measures] can only be judged in the light of Community law. (...) Therefore the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that state or the principles of a national constitutional structure.»²⁸

Deretter ble det imidlertid fremhevet at

“(...) an examination should be made as to whether or not any analogous guarantee inherent in Community law has been disregarded. In fact, respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice. The protection of such rights, whilst inspired by the constitutional traditions common to the Member States, must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community.”²⁹

Vi ser altså at EF-domstolen «harmoniserte» forholdet mellom fellesskapsretten og medlemsstatenes forfatningsmessige rettighetskataloger ved å gjøre beskyttelsen av fundamentale rettigheter til en del av EF-systemet selv. Ved å stille opp en ulovfestet fellesskapsrettslig «rettighetskatalog», «inspirert» av medlemslandenes felles forfatningstradisjoner, slo EF-domstolen på mange måter «to fluer i et smekk»: Den sikret både statene en viss innflytelse på fellesskapsrettens innhold, noe som forhåpentligvis

²⁵ Se Hartley, T.C. *The Foundations of European Community Law*. Oxford, 2003, s. 133-135.

²⁶ I denne avhandlingen vil imidlertid begrepene «fundamentale rettigheter» og «menneskerettigheter» bli brukt om hverandre, med samme meningsinnhold.

²⁷ Sak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Sml. 1970 s. 1125.

²⁸ Premiss 3.

²⁹ Premiss 4.

ville dempe den gjeldende «opprørstemningen», og vernet samtidig – ved å fastslå at gyldigheten av fellesskapets handlinger bare kan fastlegges på bakgrunn av EF-retten selv - om det nydannede forrangsprinsippet: Dette kunne jo klart nok ikke overleve dersom fellesskapsrettsakter med jevne mellomrom ble gjort til gjenstand for en overprøving i lys av nasjonal rett. På denne bakgrunn blir det i juridisk litteratur talt om en «defensiv bruk» av fundamentale rettigheter.³⁰

Nå kan det imidlertid nevnes at tyskernes misnøye fortsatt ikke var helt dempet. Etter at EF-domstolen hadde avgitt sin prejudisielle dom i *Internationale Handelsgesellschaft* gikk saken videre i det nasjonale rettssystemet, og endte til slutt opp hos den tyske forfatningsdomstolen («Bundesverfassungsgericht»). I dennes avgjørelse finner vi dermed den nasjonale reaksjonen på EF-domstolens innfallsvinkel. Forfatningsdomstolen fremhevet her at fellesskapet fortsatt manglet «a codified catalogue of fundamental rights, the substance of which is reliably and unambiguously fixed for the future in the same way as the substance of the Constitution».³¹ På denne bakgrunn ville domstolen fortsatt benytte seg av sin kompetanse til å prøve om fellesskapsretten stred mot de grunnleggende rettighetene i den tyske forfatningen. Konsekvensen var at i et tilfelle av konflikt mellom en fellesskapsrettslig handling og en forfatningsmessig rettighet, ville forfatningsbestemmelsen gå foran.³²

«Trusselen» mot prinsippet om EF-rettens forrang var dermed fortsatt ikke fullstendig nøytralisert. Riktignok kom forfatningsdomstolen i *Internationale Handelsgesellschaft* til at de anfektete fellesskapsrettsaktene ikke var i strid med bestemmelsene i forfatningen, slik at saken vel egentlig representerte mer et potensielt enn et aktuelt «opprør».³³ Men EF-domstolen var likevel sterkt oppfordret til å gå et skritt lenger i utviklingen av et fellesskapsrettslig vern om fundamentale rettigheter.

2.2 Det andre skrittet: Forholdet til internasjonale menneskerettighetstraktater

En slik mulighet til å bringe «fellesskapsvernet» et steg videre fikk EF-domstolen i *Nold vs. Commission*. Saken dreide seg om en beslutning av Kommisjonen under traktaten om Det europeiske kull- og stålfellesskap om å godkjenne nye, restriktive handelsbetingelser for kull i Ruhr-distriktet i Tyskland. Godkjennelsen medførte at klageren i saken, Nold,

³⁰ Se for eksempel Coppel, Jason og Aidan O'Neill. *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?* I: Common Market Law Review 1992, s. 669, på s. 670-672.

³¹ Dommens premiss 23. CMLR 1974 II s. 550-551.

³² Premiss 23-24.

³³ Hartley (referanse i note 25 ovenfor) s. 247.

mistet sin rett til å være kullgrossist i første ledd. Nold hevdet at Kommisjonens beslutning innebar en krenkelse av hans grunnleggende rettigheter slik disse var anerkjent i de nasjonale forfatninger, og brakte saken inn for EF-domstolen med påstand om at Kommisjonens beslutning måtte annulleres.

EF-domstolen innledet her med å gjenta doktrinen fra *Stauder* og *Internationale Handelsgesellschaft*. Deretter introduserte den imidlertid en ny «inspirasjonskilde» til innholdet av de grunnleggende menneskerettighetene i EU-retten, ved siden av medlemsstatenes forfatningstradisjoner:

«Similarly, *international treaties for the protection of human rights* on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law.»³⁴ (min uth.)

Nold var også den første menneskerettighetsrelaterte saken for EF-domstolen der det ble henvist til EMK. Denne henvisningen var imidlertid plassert i et avsnitt der domstolen refererte saksøkerens anførsler.³⁵

Den første henvisningen til EMK i EF-domstolens egne premisser finner vi i *Rutili*³⁶. Saken dreide seg om en italiensk statsborger, oppvokst og bosatt i Frankrike, som ble nektet opphold i enkelte områder av landet på grunn av hans deltakelse i “uønskede” politiske aksjoner. Samtlige av de rettighetene saksøkeren påberopte seg (blant annet retten til utøvelse av fagforeningsvirksomhet) var uttrykt i forskjellige fellesskapsrettsakter. Likevel valgte EF-domstolen å beskrive fellesskapsreglene som

«(...) a specific manifestation of the more general principle, enshrined in Articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (...) ratified by all the Member States, and in Article 2 of Protocol No 4 of the same Convention»³⁷

og knyttet på denne måten de grunnleggende reglene i fellesskapsretten sammen med bestemmelsene i EMK. Avgjørelsen falt rett etter at Frankrike, som det siste av fellesskapets medlemsland, hadde ratifisert konvensjonen. Og i saken *Hoechst AG vs. Kommisjonen*³⁸ gikk EF-domstolen enda et skritt videre i å tillegge konvensjonen betydning: Domstolen uttalte her at EMK er «of *particular significance*» ved fastleggelsen av hvilke rettigheter som er del av fellesskapets alminnelige rettsprinsipper.³⁹

³⁴ l.c.

³⁵ Premiss 12.

³⁶ Sak 36/75, *Rutili*, Sml. 1975 s. 1219.

³⁷ Premiss 32.

³⁸ Forente saker 46/87 og 227/88, *Hoechst AG vs. Kommisjonen*, Sml. 1989 s. 2859.

³⁹ Premiss 13.

Med avgjørelsen i *Rutili* så EF-domstolen ut til å ha funnet en løsning på sine problemer. Ved å knytte fellesskapsretten til EMK kunne EF-domstolen legge grunnlaget for en mer konkret "fellesskapsrettslig" rettighetskatalog, og derigjennom imøtegå kritikken fra den tyske forfatningsdomstolen i *Internationale Handelsgesellschaft*. Samtidig kunne den vise til en sterk enighet blant medlemsstatene hva angikk fundamentet for fellesskapsrettens alminnelige rettsgrunnsetninger, idet Frankrikes ratifikasjon av EMK vesentlig begrenset grunnlaget for påstander om at fellesskapets institusjoner inkorporerte individuelle rettigheter i EF-retten som ikke ble ansett som like viktige av samtlige medlemsland. Det var heller ikke umulig at domstolen, dersom den hadde nektet å gi fellesskapsrettslig beskyttelse til EMK-rettighetene, ville ha kunnet støtt på tilsvarende problemer som de som tidligere hadde oppstått i forhold til medlemsstatenes konstitusjoner: Dersom en fellesskapsrettsakt sto i et tvilsomt forhold til en menneskerettighetskonvensjon tiltrådt av en medlemsstat, kunne det tenkes at den aktuelle staten ville være uvillig til å gi fellesskapsrettsakten anvendelse – sett hen til det ideologiske grunnlaget for menneskerettighetene, kunne frykten for å handle i strid med rettighetskonvensjonen i hvert fall i enkelte tilfeller komme til å veie tyngre enn forpliktelsene overfor fellesskapet.⁴⁰

De nye anstrengelsene viste seg da også å være forholdsvis vellykkede, sett i forhold til det ulmende tyske «opprøret». I *Wiünsche Handelsgesellschaft*⁴¹ merket forfatningsdomstolen seg den utviklingen som hadde skjedd i EF-domstolens praksis hva angikk innføringen av et menneskerettighetsvern i fellesskapsretten. Henvisningene til EMK, sammen med EF-domstolens etter hvert omfattende rettspraksis til gunst for grunnleggende rettigheter, garanterte etter forfatningsdomstolens syn en minimumsstandard for selvstendig menneskerettighetsbeskyttelse som i prinsippet tilfredsstilte kravene i den tyske forfatningen. Ved den rettslige sammenkoblingen av fellesskapsretten med rettighetsgarantiene i medlemsstatens forfatninger og i EMK, var vilkåret om en fastlagt rettighetskatalog, oppstilt i *Internationale Handelsgesellschaft*, oppfylt. På denne bakgrunn uttalte forfatningsdomstolen at den ville avvise uten realitetsbehandling alle saker hvor det ble påstått at EF-retten krenket forfatningens rettighetskatalog

«(...) so long as the European Communities, and in particular in the case law of the European Court, generally ensure an effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which

⁴⁰ Slik også *Hartley* (referanse i note 25 ovenfor) s. 141.

⁴¹ *Re the Application of Wiünsche Handelsgesellschaft*. Bundesverfassungsgericht 22. oktober 1986, CMLR 1987 III s. 225.

is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution (...).⁴²

Det er imidlertid verdt å merke seg at forfatningsdomstolen fortsatt anså seg kompetent til å prøve forenligheten av fellesskapets sekundærlovgivning med den tyske forfatningen – dersom EF-domstolen igjen skulle feile i å gi tilstrekkelig beskyttelse til grunnleggende rettigheter, ville prøvingen av forholdet mellom fellesskapslovgivningen og nasjonale overordnede prinsipper bli gjenopptatt.

EF-domstolen har i sin senere rettspraksis konsekvent vist til og holdt fast ved uttalelsene i de ovenfor nevnte dommene.⁴³ (flere avgjørelser i note) Slik finner vi også i dagens avgjørelser tilsvarende formuleringer hva angår menneskerettighetsbeskyttelsen i EU. Som et eksempel på dette kan det vises til domstolens dom av 14. oktober 2004 i *Omega*,⁴⁴ der det i premiss 33 ble fremhevet at

«(...) according to settled case-law, fundamental rights form an integral part of the general principles of law the observance of which the Court ensures, and that, for that purpose, the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or to which they are signatories. The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms has special significance in that respect.»

Jeg går nå over til å se nærmere på EMKs «særlige» EU-rettslige stilling.

⁴² Premiss 48.

⁴³ Se blant annet sak C-274/99, *Connolly vs. Kommisjonen*, Domssaml. 2001 s. I-1611, sak C-94/00, *Roquette Freres*, Domssaml. 2002 s. I-9011 og sak C-112/00, *Schmidberger*, Domssaml. 2003 s. I-5659.

⁴⁴ Sak C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH* (ennå ikke inntatt i Sml.).

3 EMKs EU-rettslige stilling

Ved å si at fundamentale rettigheter er en del av EF-rettens alminnelige rettsprinsipper, har EF-domstolen altså skapt en uskreven *felleskapsrettslig* «rettighetskatalog». For å finne frem til hvilke rettigheter som nærmere bestemt inngår i denne «katalogen», lar EF-domstolen seg blant annet «inspirere» av internasjonale menneskerettighetstraktater «on which the Member States have collaborated or of which they are signatories.»⁴⁵ Bestemmelsene i EMK er i denne forbindelse av «særlig betydning». Hva ligger det så i dette?

Ved å være til «inspirasjon» ved fastleggelsen av det nærmere innholdet av fellesskapets alminnelige rettsprinsipper, fungerer internasjonale menneskerettighetsinstrumenter, herunder EMK, som en *kilde* til EF-rettens rettighetsvern. Dette må holdes klart atskilt fra å anvende slike konvensjoner *per se* - de er ikke en del av fellesskapsretten *i seg selv*. Menneskerettighetstraktatenes betydning ligger i at de, på samme måte som statenes forfatningstradisjoner, er uttrykk for grunnleggende prinsipper og verdier som er *felles* for medlemslandene. Traktatene fungerer med andre ord som argument for eksistensen av et *generelt* prinsipp, som så igjen inngår i den fellesskapsrettslige «rettighetskatalogen».⁴⁶

Det er i denne sammenheng EMKs «særlige betydning» må forstås. Ved å være ratifisert av samtlige EF-land gir konvensjonen et solid uttrykk for hvilke rettigheter som blir tillagt grunnleggende betydning i hele fellesskapet. EMK er slik den viktigste av EF-domstolens «inspirasjonskilder» blant menneskerettighetstraktatene, og det er liten tvil om at rettighetene inntatt i konvensjonen også inngår i den fellesskapsrettslige «rettighetskatalogen».⁴⁷ Så vidt meg bekjent har EF-domstolen aldri funnet at en rettighet vernet i EMK ikke nyter noen beskyttelse i EU.⁴⁸

⁴⁵ Denne formuleringen antyder at det ikke er nødvendig at medlemsstatene faktisk har *tiltrådt* en aktuell traktat for at EF-domstolen skal se hen til den. Se *Hartley* (referanse i note 25 ovenfor) s. 141.

⁴⁶ En god oppsummering av forholdet mellom EF-retten og EMK er å finne i generaladvokat Trabucchi's forslag til avgjørelse i sak 118/75, *Lynne Watson and Alessandro Belmann*, Sml. 1976 II s. 1185.

⁴⁷ Se *Hartley* (henvisning note 25 ovenfor) s. 141.

⁴⁸ Dette ble stadfestet av Ingvald Falch i 1997, og jeg har heller ikke funnet eksempler på at det har skjedd ved senere anledninger. Se *Falch* (referanse ovenfor i note) s. 456.

Vi ser dermed at EF-domstolen foretar en tilsvarende «harmonisering» mellom fellesskapsretten og EMK som den gjør mellom EF-retten og statenes forfatningsmessige prinsipper.

Selv om EF-domstolen trolig ikke vil nekte å la en EMK-rettighet være del av den fellesskapsrettslige «rettighetskatalogen», har den, ved kun å anvende konvensjonen som en «inspirasjonskilde», forbeholdt seg en viss frihet til å legge til grunn sin egen forståelse av *innholdet* av de enkelte rettighetene. Fordi fellesskapet ikke har tiltrådt EMK, er verken EF-domstolen eller de øvrige institusjonene forpliktet til å rette seg etter Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser. Slik kan det oppstå ulikheter mellom Luxembourg og Strasbourg med hensyn til fortolkningen av en og samme EMK-bestemmelse: I juridisk litteratur er det uttalt at slike mulige tolkningsforskjeller er «inevitable».⁴⁹

De to tydeligste, og også mest kjente, eksemplene på at en slik «konflikt» kan oppstå, er begge hentet fra konkurranserettens område. I *Hoechst*⁵⁰ fant EF-domstolen at retten til privatliv i EMK artikkel 8 ikke fikk anvendelse ved ransaking av kontorlokaler. Menneskerettighetsdomstolen på sin side fant imidlertid senere at artikkel 8 fikk anvendelse ved slike handlinger, under henvisning til at dette ville være i overensstemmelse med formålet om å beskytte private mot vilkårlig inngripen fra offentlige myndigheter.⁵¹ Og i *Orkem*⁵² kom EF-domstolen til at EMK artikkel 6 ikke inneholder et forbud mot selvinkriminering, mens Menneskerettighetsdomstolen i *Funke*⁵³ kom til det motsatte resultat.⁵⁴

En annen mulig konfliktsituasjon kan oppstå der beskyttelsen av en EF-rettslig økonomisk frihet og en fundamental rettighet peker i forskjellige retninger, det vil si i tilfeller der en medlemsstat påberoper seg menneskerettighetene som grunn til å gjøre inngrep i EF-rettens friheter. Spørsmålet er her om EF-domstolen reelt sett gir prioritet til de økonomiske rettigheter, et spørsmål som blant annet er blitt reist i tilknytning til domstolens avgjørelse i *Schmidberger*.⁵⁵

⁴⁹ Se Spielmann, Dean. *Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities*. I: Alston, Philip (red.). *The EU and Human Rights*. Oxford, 1999, s. 757, på s. 761.

⁵⁰ Forente saker 46/87 og 227/88, *Hoechst AG vs. Kommisjonen*, Sml. 1989 s. 2859.

⁵¹ *Niemietz vs. Tyskland*, no. 13710/88, Serie A 251-B.

⁵² Sak 374/87, *Orkem*, Sml. 1989 s. 3283.

⁵³ *Funke vs. Frankrike*, no. 10828/84, Serie A 256-A.

⁵⁴ Konfliktilfellene er utførlig drøftet i *Spielmann* (henvisning i note 49 ovenfor) s. 766-770. Se også for eksempel *Craig og de Búrca* (henvisning i note 8 ovenfor) s. 333-336.

⁵⁵ Sak C-112/00, *Schmidberger vs. Østerrike*, Sml. 2003 s. I-5659. Avgjørelsens verdimeslige prioriteringer er blant annet drøftet i Avbelj, Matej. *European Court of Justice and the Question of Value Choices*. Jean Monnet Working Paper 06/04.

Det faller utenfor avhandlingens problemstilling å gå inn i noen nærmere drøftelse av disse problemkompleksene. Hensikten her er bare å skissere enkelte av de spørsmålene som den fellesskapsrettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter, og da særlig EMK, reiser. Det bør imidlertid nevnes at EF-domstolen i de senere år i økende grad har vist til, og tatt hensyn til, Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser: I *Roquette Frères*⁵⁶ gikk for eksempel EF-domstolen, nettopp på grunn av utviklingen i Strasbourg-praksis, bort fra sin tidligere oppfatning i *Hoechst* angående anvendelsen av EMK artikkel 8 på kontorlokaler. Domstolen uttalte at

«[f]or the purposes of determining the scope of that principle in relation to the protection of business premises, regard must be had to the case-law of the European Court of Human Rights subsequent to the judgment in *Hoechst*. According to that case-law (...) the protection of the home provided for in Article 8 of the ECHR may in certain circumstances be extended to cover such premises (...).»⁵⁷

På bakgrunn av denne tendensen i EF-domstolens praksis, kan det spørres hvor stor faren for konflikt mellom Luxembourg og Strasbourg nå egentlig er.⁵⁸

I denne sammenheng er det også av betydning at EU-traktatens artikkel 6 nr. 2 uttrykkelig fastsetter at «[u]nionen skal respektere de grunnleggende rettigheter, slik de er sikret i [EMK]». Videre bestemmer artikkel 52 nr. 3 i EUs charter om grunnleggende rettigheter at i det omfang charteret inneholder rettigheter tilsvarende de som er sikret i EMK, har de «samme betydning og omfang som i konvensjonen.» Riktignok er grunnrettighetscharteret foreløpig uten bindende virkning, men dette vil endre seg dersom den nye Traktaten om en forfatning for Europa trer i kraft: Charteret er der inntatt som del II. Og endelig uttrykker forfatningstraktaten i artikkel I-9 nr. 2 at EU skal «slutte seg til» EMK.⁵⁹

Med dette i tankene er det vel grunn til å hevde at det nå hersker mer harmoni enn konflikt mellom fellesskapet og EMK.

⁵⁶ Sak 94/00, *Roquette Frères*, Sml. 2002 s. I-9011.

⁵⁷ Premiss 29.

⁵⁸ En gjennomgang av saker frem til 1999 der EF-domstolen uttrykkelig tok hensyn til Menneskerettighetsdomstolens praksis, er gitt i *Spielmann* (henvisning i note 49 ovenfor) s. 772-775.

⁵⁹ Sammen med bestemmelsen i nr. 1 om grunnrettighetscharteret og nr. 3 om at fundamentale rettigheter som garantert ved EMK og medlemsstatenes felles forfatningstradisjoner utgjør EU-rettens alminnelige prinsipper, danner dermed forfatningstraktatens artikkel I-9 nr. 2 et «trippelvern» om menneskerettighetene.

4 I hvilke situasjoner kommer EF-rettens menneskerettighetsvern til anvendelse?

Spørsmålet om i hvilke situasjoner EF-rettens menneskerettighetsvern kommer til anvendelse, er samtidig et spørsmål om kompetansefordelingen mellom EF-domstolen og de nasjonale domstoler i menneskerettighetsspørsmål. Når har begge domstolssystemene jurisdiksjon, og når har bare de nasjonale rettsinstanser domsmyndighet? I den grad EF-domstolen har kompetanse på et bestemt område, kommer også det fellesskapsrettslige rettighetsvernet inn i bildet.

Det er sikker rett at EF-domstolen kun kan anvende fundamentale rettigheter innenfor *fellesskapsrettens rammer*. Dersom slike rettigheter blir påberopt med hensyn til et område som faller utenfor fellesskapssfæren, er EF-domstolen uten kompetanse og fellesskapsretten uten betydning. Spørsmålet blir dermed hvilke situasjoner som nærmere bestemt faller inn under «EF-rettens område».⁶⁰ Dette vil bli behandlet i de følgende to avsnittene.

4.1 Kontroll med fellesskapets handlinger

Ovenfor i kapittel 2 så vi at det fellesskapsrettslige vernet om fundamentale rettigheter ble utviklet for å begrense *fellesskapets* handlefrihet. For en gjennomgang av de sentrale avgjørelsene viser jeg til behandlingen der.

EF-domstolens menneskerettighetskontroll med fellesskapets handlinger omfatter for det første en prøving av om den sekundærlovgivningen som vedtas er forenlig med fundamentale rettigheter. Domstolens kompetanse til å sette EF-rettsakter til side er regulert i EF-traktatens artikkel 230, som i 2. ledd oppsummerer ugyldighetsgrunnene som «manglende kompetanse, vesentlige saksbehandlingsfeil, brudd på [EF-traktaten] eller på rettsregler som gjelder anvendelsen av den, eller (...) myndighetsmisbruk.» Dersom domstolen finner at den aktuelle rettsakten faller inn under en av disse kategoriene, skal den kjennes ugyldig, jf. EF-traktatens artikkel 231, 1. ledd. Fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper, herunder fundamentale rettigheter, faller

⁶⁰ Utrykket er oversatt fra EF-domstolens avgjørelse i sak 12/86, *Meryem Demirel vs. Stadt Schwäbisch Gmünd*, Sml. 1987 IV s. 3719. Ellers har domstolen formulert sitt menneskerettslige kompetanseområde litt forskjellig fra sak til sak, noe som er kritisert i *Coppel og O'Neill* (henvisning i note 30 ovenfor) s. 679-681. Denne artikkelen er også for øvrig svært kritisk til EF-domstolens rettighetspraksis.

inn under ugyldighetskategorien «rettsregler som gjelder anvendelsen av [EF-traktaten]». ⁶¹

For det andre prøver EF-domstolen også om fellesskapsinstitusjonenes *øvrige handlinger* er i overensstemmelse med fundamentale rettigheter. EF-traktatens artikkel 230, 1. ledd gir ikke bare domstolen adgang til å vurdere lovligheten av sekundærlovgivning, men av alle tiltak fra institusjonenes side som er ment å ha *rettslig virkning*. ⁶² På menneskerettighetsområdet er det særlig Kommisjonens myndighetsutøvelse i konkurransesaker, jf. EF-traktatens artikkel 85, som har reist problemer – den ovenfor nevnte avgjørelsen i *Hoechst* er et av flere eksempler på dette. ⁶³

4.2 Kontroll med medlemsstatenes handlinger

I tillegg til å etterprøve fellesskapsinstitusjonenes handlinger, anser EF-domstolen seg kompetent til å utøve en viss kontroll med *medlemsstatenes* overholdelse av EF-rettens fundamentale rettigheter. Dette gjelder for det første i tilfeller der fellesskapets rettighetsgarantier er brukt til å *tolke* EF-rettslige bestemmelser – medlemslandene vil her være *indirekte* bundet av den uskrevene «fellesskapskatalogen». Slik har det alltid vært. ⁶⁴ Videre utøver imidlertid EF-domstolen en menneskerettighetskontroll med statene i to øvrige, og kanskje litt mindre selvsagte, situasjoner, og det er disse jeg kort vil behandle i det følgende. ⁶⁵

4.2.1 Kontroll med den nasjonale gjennomføringen og håndhevelsen av fellesskapsretten

EF-domstolen har for det første fastslått at medlemsstatene er bundet av fellesskapsrettens rettighetsgarantier når de gjennomfører EF-rettslige bestemmelser og beslutninger i

⁶¹ Steiner, Josephine. *Textbook on EC Law*. Josephine Steiner og Lorna Woods. 8 utg. Oxford, 2003, s. 617.

⁶² Op. cit. s. 594-595.

⁶³ For en gjennomgang av sentrale saker på dette området, se *Craig og de Búrca* (henvisning i note 8 ovenfor) s. 333-337.

⁶⁴ Se *Hartley* (henvisning i note 25 ovenfor) s. 145.

⁶⁵ Hvor de nøyaktige *ytre* grensene for «fellesskapsrettens område» går, er et spørsmål som kan reise en viss tvil. Noen nærmere drøftelse av dette problemet ville imidlertid sprengte avhandlingens rammer, og vi må derfor nøye oss med å fastslå at doktrinen fra *Wachauf* og *ERT* (som behandles i det følgende) foreløpig ser ut til å stå ved lag. Dette er også tilstrekkelig i forhold til avhandlingens overordnede problemstilling. For en nærmere diskusjon av spørsmålet, se for eksempel de Witte, Bruno. *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*. I: Alston (henvisning note ? ovenfor) s. 859, på s. 870-874, og *Craig og de Búrca* (henvisning note ? ovenfor) s. 345-349.

nasjonal rett. Dette følger av domstolens avgjørelse i *Wachauf*,⁶⁶ der en forpakter i henhold til en fellesskapsforordning krevde å bli tilkjent økonomisk kompensasjon ved forpaktningens utløp. Spørsmålet ble forelagt EF-domstolen, som uttalte at

«(...) it must be observed that Community rules which, upon the expiry of the lease, had the effect of depriving the lessee, without compensation, of the fruits of his labor and his investments in the tenanted holding would be incompatible with the requirements of the protection of fundamental rights in the Community legal order. Since those requirements *are also binding on the Member States when they implement Community rules*, the Member States must, as far as possible, apply those rules in accordance with those requirements.»⁶⁷ (min uth.)

Tilsvarende formuleringer som i *Wachauf* er blitt benyttet av domstolen også ved senere anledninger, blant annet i *Bostock*⁶⁸ og i den nyere *Karlsson*⁶⁹, begge avgjørelser angående den felles landbrukspolitikken.

4.2.2 Kontroll med medlemsstatenes bruk av EF-rettsens derogasjonshjemler

For det andre har EF-domstolen fastslått at medlemsstatene må overholde fellesskapets fundamentale rettigheter når de anvender en av EF-rettsens derogasjonshjemler.⁷⁰ Med andre ord prøver domstolen om de *nasjonale hensynene* som staten påberoper seg som grunn til å gjøre inngrep i fellesskapsrettens friheter, er i overensstemmelse med det EF-rettslige menneskerettighetskonseptet.

Denne utvidelsen av kontrollen med medlemslandenes handlinger ble slått fast i *ERT*,⁷¹ etter at EF-domstolen i *Cinéthèque*⁷² ca. seks år tidligere hadde gått imot generaladvokatens forslag om å foreta en slik granskning. ERT var et gresk radio- og

⁶⁶ Sak 5/88, *Hubert Wachauf vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*. Sml. 1989 III s. 2609.

⁶⁷ Premiss 19.

⁶⁸ Sak C-2/92, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, Sml. 1994 s. I-955, premiss 16.

⁶⁹ Sak C-292/97, *Kjell Karlsson m.fl.* Sml. 2000 s. I-2737, premiss 37.

⁷⁰ EF-retten inneholder flere slike derogasjonshjemler. For eksempel er det mulig å gjøre unntak fra alle de fire frihetene dersom dette er begrunnet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelsen, jf. EF-traktatens artikler 30 (som også viser til enkelte andre lovlige hensyn), 39 nr. 3 og 46 nr.1, jf. 55. I tillegg kan statene påberope seg den ulovfestede doktrinen om tvingende allmenne hensyn («rule of reason»), se sak 120/78, *Cassis de Dijon (Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein)*, Sml. 1979 s. 649.

⁷¹ Sak C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE vs. Dimotiki Etairia Pliroforissis og Sotirios Kouvelas*, Sml 1991 s. I-2925.

⁷² Forente saker 60 og 61/84, *Cinéthèque SA vs. Fédération nationale des cinémas français*. Sml. 1985 III s. 2605.

fjernsynsselskap som var tildelt eksklusive rettigheter av nasjonale myndigheter med hensyn til kringkastingsvirksomhet. Da et annet selskap, DEP, begynte å sende fjernsynsprogrammer i strid med ERTs lovfestede monopol, krevde ERT for greske domstoler at det skulle nedlegges forbud mot enhver slik utsendelse. DEP påberopte seg imidlertid fellesskapsrettens regler om fri bevegelse av varer og fri konkurranse, samt ytringsfrihetsbestemmelsen i EMK artikkel 10, og saken ble forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse.

EF-domstolen uttalte her, etter å ha vist til avgjørelsene i *Cinéthèque* og *Demirel*, at

«(...) where a Member State relies on the combined provisions of Articles 56 and 66 in order to justify rules which are likely to obstruct the exercise of the freedom to provide services, such justification, provided for by Community law, must be interpreted in the light of the general principles of law and in particular of fundamental rights. Thus the national rules in question can fall under the exceptions provided for by the combined provisions of Article 56 and 66 only if they are compatible with the fundamental rights, the observance of which is ensured by the Court.»⁷³

Uttalelsen medfører at nasjonale domstoler, eventuelt EF-domstolen selv, må vurdere medlemsstatenes anvendelse av derogasjonshjemlene i forhold til samtlige fellesskapsrettslige regler. Dermed er medlemslandenes derogasjoner også underlagt de fundamentale menneskerettighetene slik disse inngår i fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper.⁷⁴

4.3 Oppsummering

Fundamentale rettigheter inngår altså i fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper, som EF-domstolen beskytter. Ved fastleggelsen av hvilke rettigheter som nærmere bestemt er del av denne uskrevne «rettighetskatalogen» henter EF-domstolen «inspirasjon» fra medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner og fra internasjonale menneskerettighetstraktater. EMK er i denne forbindelse av «særlig betydning.» Med ordet «inspirasjon» har EF-domstolen betinget seg en viss frihet i forhold til de «kildene» den anvender. Dette gjelder også med hensyn til EMK, men her har utviklingen i den senere tid dreid mot et harmonisk heller enn et konfliktfylt forhold.

Det fellesskapsrettslige menneskerettighetskonseptet fungerer for det første som en restriksjon på EF-institusjonenes handlingsfrihet, hva enten det er tale om vedtakelsen av ny sekundærlovgivning eller øvrig myndighetsutøvelse. Videre er også medlemsstatene i enkelte tilfeller bundet av EF-rettens fundamentale rettigheter. Dette gjelder for det første

⁷³ Premiss 43.

⁷⁴ Se premiss 44.

når de gjennomfører og håndhever fellesskapsbestemmelser i nasjonal rett, og for det andre når de søker å derogere fra en av fellesskapsrettens markedsfriheter.

Etter denne beskrivelsen av situasjonen i EF, er det nå tid for å gå over til vurderingen av avhandlingens hovedproblemstilling: Menneskerettighetsvernet i EØS.

Del III Menneskerettighetene i EØS

5 Innledning

Problemstillingen i denne delen er om EØS-avtalen inneholder et vern om fundamentale rettigheter tilsvarende det som gjelder i EU.

EØS-avtalens fortale uttrykker i 2. ledd en overbevisning om at EØS-samarbeidet vil bidra til et Europa «grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter.» Ut over denne henvisningen inneholder avtalen ingen bestemmelser som eksplisitt nevner fundamentale rettigheter. En nærmere vurdering av fortaleuttalelsens betydning vil bli foretatt nedenfor i kapittel 6, der jeg også vil se på om andre avtalebestemmelser kan være relevante i denne sammenheng.

I *Ásgeirsson-avgjørelsen* av 12. desember 2003 uttalte imidlertid EFTA-domstolen at bestemmelsene i EØS- og ODA-avtalen «are to be interpreted in the light of fundamental rights». Videre ble det fastslått at «[t]he provisions of the European Convention of Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights are important sources for determining the scope of these rights.»⁷⁵ Etter tidligere i et par saker kun overflatisk å ha nevnt menneskerettighetene⁷⁶, fastslo domstolen altså her at det gjelder en form for beskyttelse av fundamentale rettigheter også i EØS. En nærmere analyse av formuleringen og hva den betyr for EMKs status i EØS-retten vil finne sted i avsnitt 7.4 nedenfor.

Spørsmålet er om *Ásgeirsson*-uttalelsen innebærer at rettighetsvernet i EØS tilsvarende det som gjelder i EU. I *Sveinbjörnsdóttir*-saken karakteriserte EFTA-domstolen EØS-avtalen som «an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own.»⁷⁷ Formuleringen er i så måte svært lik EF-domstolens, som flere ganger har omtalt EF-retten som et eget rettssystem.⁷⁸ For å ta stilling til spørsmålet om fundamentale rettigheter i EØS er det derfor av stor betydning å fastlegge EØS-rettens særlige kjennetegn i forhold til EF-retten – det vil si i hvilken grad de to rettssystemene skiller

⁷⁵ Sak E-2/03, *Ákærvaldið vs. Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson*, premiss 23.

⁷⁶ Se sakene E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona vs. EFTA Surveillance Authority* og E-8/97, *TV 1000 Sverige AB mot Norge*. Avgjørelsene blir behandlet nærmere nedenfor i X.

⁷⁷ Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir vs. Island*, dommens premiss 59.

⁷⁸ Se for eksempel sak 26/62, *van Gend & Loos*, Sml. 1963 s. 3 (premiss ?), sak 6/64, *Costa vs. Enel*, Sml. 1964 s. 1194 (premiss ?) og forente saker C-6/90 og C-9/90, *Francovich*, Sml. 1991 s. I-5357 (premiss 31). I sistnevnte sak uttalte EF-domstolen at «(...) the EEC Treaty has created its own legal system, which is integrated into the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.»

seg fra hverandre - og vurdere disse særtrekkenes betydning i en menneskerettslig kontekst. Dette vil bli behandlet i avsnitt 8.4. Jo større grad av likhet det er mellom EØS-samarbeidet og EU-konstruksjonen, jo større grunn er det til å anse det EU-rettslige rettighetsvernet som del av EØS-avtalen.

I denne sammenheng er den EØS-rettslige homogenitetsmålsetningen et viktig utgangspunkt. På bakgrunn av at EF-domstolen ved tolkningen av bestemmelsene om det indre marked legger til grunn en svært dynamisk og formålsbestemt tolkningsstil, kan EFTA-landenes markedstilslutning ikke fungere tilfredsstillende uten at gjennomføringen av det skriftlige EF-regelverket følges av en overtakelse av relevant praksis. Denne erkjennelsen har gitt seg utslag i EØS-avtalens artikkel 6, der EFTA-statene forplikter seg til å tolke avtalebestemmelsene «så langt de i sitt materielle innhold er identiske med» de tilsvarende bestemmelsene i EF-retten, «i samsvar med de relevante rettsavgjørelser» fra EF-domstolen *frem til* undertegningen av avtalen, det vil si 2. mai 1992. Med hensyn til praksis fra *etter* dette tidspunktet bestemmer ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2 at EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen skal ta «tilbørlig hensyn til (...) de relevante rettsavgjørelser.» Så langt har EFTA-domstolen i praksis behandlet EF-domstolens avgjørelser fra henholdsvis før og etter undertegningen av EØS-avtalen likt,⁷⁹ og den tidsmessige sontringen vil derfor heller ikke bli problematisert her. En nærmere gjennomgang av homogenitetsmålsetningen er å finne i kapittel 8.

Hovedproblemet i forhold til EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2 er i vår sammenheng om EF-domstolens praksis angående beskyttelsen av fundamentale rettigheter utgjør «relevante» rettsavgjørelser i bestemmelsenes forstand. Dette bringer oss over i betydningen av de forskjellene som eksisterer mellom EØS-avtalen og EU-retten: De nevnte bestemmelsene utgjør ikke noen garanti for rettslig ensartethet, men må avveies mot EØS-konstruksjonens særtrekk.⁸⁰

De viktigste ulikhetene i så måte ligger for det første i de to rettssystemenes formål – mens hovedmålsetningen med EØS-samarbeidet ifølge EØS-avtalens artikkel 1 er å integrere EFTA-landene i EUs indre marked, uttrykker artikkel 2 i EF- og EU-traktatene et mål om økonomisk og sosial integrasjon i videre forstand. For det andre er EØS-avtalen formelt en folkerettslig traktat, som i motsetning til EU-traktatverket ikke overfører formell lovgivningsmyndighet til overnasjonale organer. I denne sammenheng var det under EØS-forhandlingene maktpåliggende for særlig de nordiske EFTA-landene

⁷⁹ Se Bull, Henrik. *Det indre marked for tjenester og kapital*. Oslo, 2002, s. 79.

⁸⁰ Se for så vidt Sejersted, Fredrik. *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context – On the Legal Dynamics of the EEA Agreement*. I: Müller-Graff, Peter Christian og Selvig, Erling (red.). *The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe*. [Berlin] 1997, s. 43, på s. 54 og 56.

å unngå EF-rettens prinsipper om forrang og direkte virkning.⁸¹ Ønsket om å verne om EFTA-statenes autonomi ligger også til grunn for enkelte andre av avtalens bestemmelser, noe som innebærer at det folkerettslige suverenitetsprinsippet er et viktig moment å ha i tankene ved vurderingen av rettighetsvernet i EØS. Dette vil bli nærmere behandlet i avsnitt 8.5.

De nevnte forskjellene mellom EØS-konstruksjonen og EU-retten gir etter min mening særlig grunn til å spørre om omfanget av den EØS-rettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter er det samme - det vil si omfatter de samme situasjoner og uttrykker de samme innholdsnormer - som EU-rettens rettighetsvern. Som vist ovenfor i kapittel 4, utøver EF-domstolen ikke bare kontroll med at EUs institusjoner – ved lovgivning eller annen myndighetsutøvelse – overholder fundamentale rettigheter, men også med at medlemsstatenes gjennomførings- og derogasjonshandlinger holder seg innenfor de grensene som rettighetene setter. Nedenfor i kapittel 9 vil jeg drøfte hvorvidt det samme kan sies å gjelde i EØS. Her vil jeg også ta stilling til hva som eventuelt vil være konsekvensen av et rettighetsbrudd på EØS-området. Analysen vil ta utgangspunkt i EFTA-domstolens uttalelse i *Ásgeirsson*, men som vi skal se gir denne kun begrenset veiledning i så måte.

Spørsmålet om fundamentale rettigheters stilling i EØS er kun i begrenset grad omhandlet i den juridiske litteratur. Av de forfatterne som til nå har behandlet problemstillingen, har imidlertid de fleste konkludert med at det EU-rettslige rettighetsvernet i prinsippet også er del av EØS-avtalen. Konklusjonen bygger på at det i motsatt fall vil være vanskelig å oppnå målsetningen om homogenitet mellom EØS- og EU-retten, og på at det vil være forholdsvis ukontroversielt å innføre et slikt vern i EØS-systemet.⁸² Jeg vil i det følgende forsøke å peke på enkelte motargumenter som jeg mener kan fremsettes mot denne argumentasjonen. I så henseende er min analyse mer på linje med Karin Fløistads bidrag til diskusjonen, som representerer et noe mer tilbakeholdent syn på innføringen av et rettighetsvern i EØS.⁸³ Min analyse er likevel mer omfattende enn Fløistads.

⁸¹ Se Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, s. 77.

⁸² Se Falch, Ingvald. *Menneskerettigheter og EU/EØS – En eller flere konstitusjoner for Europa?* I: Lov og Rett 1997 s. 451, på s. 463, Kälin, Walter. *The EEA Agreement and the European Convention for the Protection of Human Rights*. I: *European Journal of International Law*. Vol. 3 nr. 2, 1992 s. 341, særlig s. 347-348, Sejersted i *The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe* s. 56, og for såvidt også *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004, s. 103.

⁸³ Fløistad, Karin. *Fundamental Rights and the EEA Agreement*. ARENA Report No 1/2004.

6 EØS-avtalens tekst og menneskerettighetene

Som nevnt innledningsvis i kapittel X inneholder EØS-avtalen ingen bestemmelser som eksplisitt nevner fundamentale rettigheter. Det nærmeste vi kommer er en omtale i avtalens fortale: Her uttales det i 2. ledd at avtalepartene “(...) er overbevist om det bidrag et Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde vil gi til oppbyggingen av et Europa grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter.”

En annen EØS-rettslig bestemmelse som er interessant med hensyn til EØS-avtalens forhold til fundamentale rettigheter, er felleserklæring nr. 22. I forbindelse med undertegningen av EØS-avtalen ble det utarbeidet en sluttakt, som inneholder flere forskjellige erklæringer. En av disse, felleserklæring nr. 22 om forholdet mellom EØS-avtalen og bestående avtaler⁸⁴, lyder:

“EØS-avtalen skal ikke berøre rettigheter som er sikret gjennom bestående avtaler som er bindende for en eller flere av EFs medlemsstater på den ene side, og en eller flere EFTA-stater på den annen side, eller som er bindende for to eller flere EFTA-stater, blant annet avtaler som gjelder enkeltpersoner, markedsdeltakere, regionalt samarbeid og forvaltningsordninger, før minst tilsvarende rettigheter er oppnådd gjennom avtalen.”

Hvilke muligheter åpner så EØS-avtalens fortale og felleserklæring nr. 22 for når det gjelder et mulig EØS-rettslig vern om fundamentale rettigheter?

6.1 EØS-avtalens fortale og felleserklæring nr. 22

Formuleringen i EØS-avtalens fortale viser at partene i EØS-samarbeidet anser menneskerettighetene som en felles europeisk verdi. For Norges vedkommende fremgår dette også av proposisjonen om ratifikasjon av EØS-avtalen, som sier at rettighetene inntatt i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene “(...) er uttrykk for de grunnleggende menneskerettigheter som er en del av det *felles rettsgrunnlag* partene i EØS bygger på.”⁸⁵ (min uth.) Menneskerettighetene er med andre ord viktige både for fellesskapet og dets medlemsstater, og for EFTA-landene. Ut over statueringen av dette *felles grunnlaget* gir imidlertid fortaleuttalelsen liten veiledning for menneskerettighetsspørsmålet i EØS. Den har i det hele tatt mer preg av å være en generell

⁸⁴ Særskilt vedlegg nr. 1 til St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 416.

⁸⁵ St.prp. nr. 100 (1991-92) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) s. 103.

avtaleinnledning – en forventning uttrykt i form av en “programerklæring” – enn av å innebære noen henvisning til rettslig bindende forpliktelser for avtalepartene.

Noe mer veiledning for *innholdet* av et slikt "felles rettsgrunnlag" kan være å finne i felleserklæring nr. 22. Erklæringen synes å regulere EØS-avtalens forhold til internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, særlig EMK: Konvensjonen er typisk en "bestående avtale" som er bindende både for “en eller flere av EFs medlemsstater” og for “en eller flere EFTA-stater”, og som “gjelder enkeltpersoner”. Fordi EØS-avtalen "ikke skal berøre" rettigheter sikret i slike avtaler før "minst tilsvarende rettigheter" er sikret i EØS, skulle felleserklæring nr. 22 dermed innebære at en konkret EØS-bestemmelse ikke kan stride mot EMK og fortsatt få anvendelse dersom konvensjonen sikrer individene bedre rettigheter. For å sikre seg mot at EØS-retten slik i enkelte tilfeller kan bli satt til side, må man følgelig sørge for at "tilsvarende rettigheter" som de som er inntatt i EMK, også blir sikret under EØS-avtalen.⁸⁶

Felleserklæring nr. 22 kan altså tale for at EØS-retten, i likhet med EF-retten, bør sikre at rettighetene inntatt i EMK, respekteres. Det neste spørsmålet blir da hvordan rettighetene skal beskyttes – skal man følge den fellesskapsrettslige "inkorporasjonsmetoden" og anvende konvensjonen som kilde til et EØS-rettslig sett av menneskerettigheter? Eller skal man gi EMK en sterkere stilling i EØS enn det den har i EF-retten? Felleserklæringens krav om at "minst tilsvarende rettigheter" må oppnås gjennom EØS-avtalen, kan for så vidt forstås som en henvisning til begge metodene.

Kälin hevder at felleserklæring nr. 22 medfører at EMK bør gis *direkte* anvendelse i EØS. Tankegangen er at EFTA-domstolen og EFTAs overvåkningsorgan bør sikre at “tilsvarende rettigheter” beskyttes under EØS-avtalen, og at dette bare kan oppnås dersom konvensjonen anvendes direkte i full overensstemmelse med Menneskerettighetsdomstolens praksis.⁸⁷ Som vi så ovenfor i kapittel 3, medfører en utelukkende kildemessig status for EMK mer frihet ved tolkningen av konvensjonsrettighetene, noe som igjen kan føre til at det oppstår uoverensstemmelser med Strasbourg-organenes praksis. På bakgrunn av uttalelser i St.prp. nr. 100 (1991-92) synes *Falch* å legge til grunn at norske myndigheter støttet opp om et slikt standpunkt.⁸⁸ I proposisjonen fremheves det at de rettighetene som følger av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner “[u]nder enhver omstendighet” vil ha “et særlig vern”, fordi de er uttrykk for “de grunnleggende menneskerettigheter som er en del av det felles rettsgrunnlag partene i EØS bygger på.”⁸⁹

⁸⁶ Slik også *Kälin* (henvisning note 79 ovenfor) s. 352 og *Falch* (henvisning note 79 ovenfor) s. 461.

⁸⁷ Se *Kälin*, særlig s. 351-352.

⁸⁸ *Falch* s. 462.

⁸⁹ På s. 103, første spalte og s. 334.

Etter min mening kan man imidlertid ikke, som Falch, uten videre slutte av den siterte proposisjonsuttalelsen at den norske holdningen ved EØS-ratifikasjonen var at avtalen ikke skulle endre partenes tidligere forpliktelser på menneskerettighetsområdet. Formuleringen har nemlig flere likhetstrekk med EU-rettens doktrine om beskyttelse av fundamentale rettigheter: Proposisjonen taler om de *rettighetene* som følger av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, ikke om avtalene *som sådan*, og som vi har sett, har slike rettigheter et "særlig vern" også i EU-retten. Grunnen til dette er nettopp det forhold at de er uttrykk for en del av det "felles rettsgrunnlag" som medlemmene bygger på. Slik sett kan de norske proposisjonsuttalelsene like gjerne forstås som pekende mot en *EU-rettslig* beskyttelsesmodell.

Et slikt syn ville også være i samsvar med oppfatningen i det *svenske* EØS-utvalget. I Riksdagens EES-utskott blir det blant annet uttalt at svenske domstoler - på bakgrunn av at prinsippene i EMK er en del av EF-retten - skal "(...) tolka EES-regler med utgangspunkt från de relevanta avgöranden vari EG-domstolen tillämpat de principer som konventionen ger uttryck för." Siden EMK ikke er inkorporert i svensk rett, innebærer dette at konvensjonen "(...) på ett mera markant sätt vinner insteg i den svenska rättsordningen."⁹⁰ Uttalelsen synes dermed å legge til grunn at i tilfeller der EF-domstolen har anerkjent en EMK-rettighet som del av EU-retten er svenske rettsinstanser forpliktet til å tolke EØS-retten i overensstemmelse med dette, – og bare i slike tilfeller. Følgelig er det etter svensk syn ikke tale om noen direkte anvendelse av EMK – konvensjonen har bare betydning under EØS-avtalen i den grad de prinsippene den uttrykker også inngår i EU-retten.

Etter dette ser vi at særlig felleserklæring nr. 22 kan gi opphav til flere forståelser av hvordan menneskerettighetsvernet i EØS bør utformes. Det er imidlertid usikkert hvilken betydning erklæringen har for tolkningen av EØS-avtalen: Sluttakten med felleserklæringene er ikke del av avtalen som sådan, jf. artikkel 2, 1. ledd, bokstav a), og inngår således som utgangspunkt ikke i den helheten de enkelte avtalebestemmelsene må ses i sammenheng med.⁹¹

Tolkningen av traktater er regulert i Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. I henhold til artikkel 31 nr. 1 skal traktater tolkes i god tro i samsvar med "the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose". Artikkel 31 nr. 2 fastsetter at den konteksten traktatens ordlyd skal forstås i blant annet omfatter dens "annexes", det vi si dens vedlegg. Etter Wienkonvensjonen skal med andre ord EØS-avtalen forstås også på bakgrunn av felleserklæring nr. 22.

⁹⁰ 1992/93:EU 1 s. 172.

⁹¹ Som påpekt av Falch (henvisning note 79 ovenfor) s. 461.

Felleserklæring nr. 22 er imidlertid svært generelt formulert, noe som har betydning for dens tolkningsmessige vekt også under Wienkonvensjonen. Til dette kommer at uttalelser i St.prp. nr. 100 (1991-92) kan tyde på at erklæringen ikke var ment å dekke forholdet til menneskerettighetskonvensjonene: Umiddelbart etter en omtale av felleserklæring nr. 22 på s. 102-103 og s. 334, uttales det at “[u]tover de omhandlede forhold [altså avtaler omfattet av felleserklæringen, min tilf.] vil Norges avtaleforpliktelser formentlig ikke berøres av EØS-avtalen. *Dette gjelder i særlig grad de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.* Disse avtalene vil normalt ikke dekke de samme områder som EØS-avtalen.”⁹² (min uth.) Dette kan tyde på at man - i hvert fall på norsk side - ikke hadde menneskerettighetskonvensjonene i tankene ved utformingen av erklæringen. Norge har for øvrig heller ikke ratifisert Wienkonvensjonen om traktatretten, men dette nøytraliseres mye av at konvensjonen i stor grad er ansett for å uttrykke folkerettslig sedvanerett, bindende for alle stater.

Det er etter dette noe uklart både hvor stor vekt som kan legges på felleserklæring nr. 22, og hvilke slutninger som kan trekkes ut av dens ordlyd. Dersom de enkelte avtalepartenes oppfatning legges til grunn, kan det synes som det i hvert fall fra svensk hold ble antatt at den EF-rettslige modellen for rettighetsvern også skulle gis anvendelse under EØS-avtalen. Hva som var det norske standpunktet fremstår som noe mer usikkert, men etter min mening kan det – på bakgrunn av de siterte uttalelsene i proposisjonen om ratifikasjon av EØS-avtalen – ikke utelukkes at man også her så for seg noe i retning av en fellesskapsrettslig modell. Det må likevel fremheves at det er begrenset hvilken vekt man kan legge på de enkelte nasjonale oppfatningene av innholdet i EØS-regelverket.

Felleserklæring nr. 22 må imidlertid ses i sammenheng med uttalelsen i 2. ledd av EØS-avtalens fortale om menneskerettighetene som en felles europeisk verdi. Det er klart at fortalen er en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av EØS-avtalen. Selv om formuleringen om menneskerettighetene er holdt i svært generelle vendinger, understreker den betydningen av fundamentale rettigheter også i en EØS-sammenheng. På denne bakgrunn gir etter min mening EØS-avtalens fortale og felleserklæring nr. 22 til sammen i hvert fall et visst – om enn ikke så veldig solid – rettskildemessig grunnlag for å innfortolke et ulovfestet menneskerettighetsvern i EØS-avtalen.

⁹² St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 103, første spalte og s. 334.

7 Fundamentale rettigheter i EFTA-domstolens rettspraksis

7.1 Innledning

Sammenliknet med antallet menneskerettighetsrelaterte saker for EF-domstolen, har spørsmålet om beskyttelse av fundamentale rettigheter vært lite behandlet av EFTA-domstolen. Som nevnt innledningsvis har EFTA-domstolen til nå berørt forholdet til slike rettigheter i til sammen tre saker, en fra 1998 og to fra 2003.

Det første tilfellet der EFTA-domstolen nevnte fundamentale rettigheter var i dens rådgivende uttalelse av 12. juni 1998 i saken *TV 1000 Sverige AB vs. den norske regjering*.⁹³ Videre var domstolen inne på slike spørsmål i *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona vs. EFTAs overvåkningsorgan*⁹⁴, en avgjørelse av 19. juni 2003 i et annullasjonssøksmål mot ESA. Og endelig kom den rådgivende uttalelsen i saken *Ákærvaldið vs. Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson* av 12. desember 2003⁹⁵, nevnt i innledningen til del III.

Siden *Ásgeirsson* er den avgjørelsen av de tre som klarest tar stilling til spørsmålet om fundamentale rettigheters, og særlig EMKs, plass i EØS-retten, vil hovedvekten av behandlingen av EFTA-domstolens praksis bli lagt på denne. De to øvrige avgjørelsene vil først og fremst bli anvendt som en kilde til å belyse og danne bakgrunn for uttalelsen i *Ásgeirsson*.

7.2 Sak E-8/97, TV 1000 Sverige AB vs. den norske regjering

Den rådgivende uttalelsen i *TV 1000 mot Norge* dreide seg om det svenske fjernsynsselskapet TV 1000 Sverige, som via satellittsignaler sendte blant annet på fjernsynskanalerne TV 1000 og FilmMax i Norge. Både TV 1000 og FilmMax sendte tidvis filmer med pornografisk innhold, og på FilmMax forekom disse også i usensurert form. Statens filmtilsyn fant at enkelte av filmene var klart i strid med den norske

⁹³ Sak E-8/97, *TV 1000 Sverige AB vs. Den norske regjering v/ Kulturdepartementet*.

⁹⁴ Sak E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona vs. EFTA Surveillance Authority*.

⁹⁵ Sak E-2/03, *Ákærvaldið vs. Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson*.

straffeloven, og traff til slutt vedtak om å forby videresending av FilmMax i det norske kabelnettet. Beslutningen ble godkjent av EFTAs overvåkningsorgan i henhold til direktiv 89/552/EØF om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet.

TV 1000 Sverige klaget saken inn for norske domstoler. Oslo byrett fant at direktivets artikkel 22, 1. pkt., som pålegger medlemsstatene å sikre at fjernsynsselskaper ikke sender programmer som «i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling», reiste spørsmål om det var overlatt til den enkelte EU/EFTA-stat å avgjøre hvilken grad av pornografi, vold og lignende som kunne anses å skade mindreåriges utvikling, eller om direktivet søkte å innføre en felles standard for hva man skulle akseptere av slikt programinnhold.

I sitt svar på dette spørsmålet fremhevet EFTA-domstolen at beskyttelse av mindreårige er et legitimt mål for hver av EØS-avtalens parter, og at vernet om mindreåriges mentale og moralske utvikling utgjør en viktig del av beskyttelsen av den offentlige moral.⁹⁶ I denne sammenheng viste domstolen til Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i saken *Handyside vs. Storbritannia*, der Menneskerettighetsdomstolen uttalte at det ikke er mulig å fastsette et ensartet europeisk moralkonsept fordi kravene til moral varierer med tid og sted.⁹⁷ EFTA-domstolen pekte så på at en tilsvarende tilnærming var blitt lagt til grunn av EF-domstolen: I saken *Conegate vs. HM Customs & Excise* bemerket denne at fellesskapsretten tillater en medlemsstat å gjøre sin egen vurdering hva angår offentlig moral på sitt territorium.⁹⁸

Etter dette kom EFTA-domstolen til at det var opp til de nasjonale myndighetene i mottakerstaten å avgjøre, i overensstemmelse med denne statens verdier og nasjonale lovgivning, å avgjøre hvilke TV-programmer som i alvorlig grad kunne skade mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling i henhold til direktivets artikkel 22, 1. pkt.

7.3 Sak E-2/02, Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH og Bellona vs. EFTAs overvåkningsorgan

Bellona-saken hadde sin bakgrunn i at det i 2001 ble vedtatt endringer i de norske reglene for produksjonsavgift på petroleum. Endringene hadde til formål å sikre at arbeidet med Snøhvit-prosjektet i Barentshavet skulle kunne fortsette, og innebar derfor at store naturgassprosjekter i Norge ble gitt en særlig gunstig avgiftsmessig stilling. Etter en viss

⁹⁶ Premiss 26.

⁹⁷ *Handyside vs. Storbritannia*, no. 5493/72, Serie A vol. 24.

⁹⁸ Sak 121/85, *Conegate vs. HM Customs & Excise*, Sml. 1986 s. 1007.

påkrevd redigering ble de nye bestemmelsene godkjent av EFTAs overvåkningsorgan som regional statsstøtte etter EØS-avtalens artikkel 61 nr. 3 bokstav c). I fellesskap med det tyske selskapet Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung GmbH brakte miljøvernorganisasjonen Bellona ESAs godkjennelsesvedtak inn for EFTA-domstolen, med påstand om at vedtaket måtte annulleres i henhold til ODA-avtalens artikkel 36.

I henhold til rettergangsordningen for EFTA-domstolen artikkel 87 ble det besluttet å holde en muntlig høring angående spørsmålet om saken kunne antas til realitetsbehandling. Tvilen var først og fremst knyttet til om saksøkerne hadde søksmålskompetanse etter ODA-avtalens artikkel 36, 2. ledd, og det er dette sak E-2/02 dreier seg om.

I sine anførsler oppfordret Bellona og TBW EFTA-domstolen til å legge til grunn en mer fleksibel tolkning av *locus standi*-kriteriet enn det EF-domstolens *Plaumann*-test innebærer. I henhold til denne testen kan private bare angripe beslutninger som ikke er rettet direkte mot dem dersom beslutningen likevel påvirker dem på grunn av «certain attributes peculiar to them» eller «circumstances in which they are differentiated from all other persons».⁹⁹ Saksøkerne hevdet at denne standardtesten hindrer privatpersoner i å gå til sak og slik gir en utilfredsstillende rettslig kontroll i miljø saker, og at en videre søksmålskompetanse ville være mer i overensstemmelse med EMKs artikler 6 og 13 samt med artikkel 47 i EUs Charter for fundamentale rettigheter.¹⁰⁰ Den sistnevnte bestemmelsen sier i 1. ledd at «[e]nhver som har fått krenket sine rettigheter og friheter sikret av EU-retten, skal ha adgang til effektive rettsmidler for en domstol (...).»

Til dette uttalte EFTA-domstolen at den var klar over den pågående debatten angående privates søksmålskompetanse med hensyn til EU-institusjonenes handlinger, og at «[t]he idea of human rights inspires this development, and reinforces calls for widening the avenues of access to justice.» Likevel fant domstolen at «(...) caution is warranted, not least in view of the uncertainties inherent in the current refashioning of fundamental Community law.»¹⁰¹ På denne bakgrunn endte EFTA-domstolen opp med å legge den tradisjonelle forståelsen av *locus standi* til grunn, og fant til slutt at ingen av saksøkerne hadde søksmålskompetanse.

⁹⁹ Se sak 25/62, *Plaumann vs. Kommisjonen*, Sml. 1963 s. 95.

¹⁰⁰ Dommens premiss 28.

¹⁰¹ Dommens premiss 37.

7.4 EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/03, Ásgeirsson

7.4.1 Sakens faktum. EFTA-domstolens uttalelse om fundamentale rettigheters stilling i EØS

Avgjørelsen gjaldt en forespørsel om rådgivende uttalelse i forbindelse med en islandsk straffesak. To av de tiltalte, Ásgeir Logi Ásgeirsson og Axel Pétur Ásgeirsson, var ansatt som administrerende direktører i fiskeforedlingselskapet Sæunn Axels, mens den tredje, Helgi Már Reynisson, var administrerende direktør i import- og eksportfirmaet Valeik. Tiltalen gikk hovedsakelig ut på at direktørene hadde brutt islandsk toll og straffelov ved å ha samarbeidet om å foreta ulovlig fiskeeksport til fem EU-land.

Fisken var blitt fanget utenfor kystene av Alaska og Russland av fiskefartøyer hjemmehørende utenfor EØS-området. Den ble importert til Island i frossen tilstand av Valeik, og deretter behandlet av Sæunn Axels. Eksporten av de foredelte fiskeproduktene ble utført av Valeik. Ifølge islandske påtalemyndigheter utstyrte ansatte i Valeik fakturaer og eksportdokumenter med falske opprinnelseserklæringer, slik at fiskeproduktene fremsto som å være av islandsk opprinnelse. Erklæringene medførte at produktene nøt godt av tollpreferanser ved importen til de aktuelle EU-landene, i henhold til EØS-avtalens protokoll 9, og at de tiltalte på denne måten omgikk den ellers gjeldende plikten til å betale toll på varene.

Den islandske domstolen forela EFTA-domstolen fem spørsmål, som alle dreide seg om hvorvidt fisken skulle anses å være av EØS- eller islandsk opprinnelse.

Spørsmålet knyttet til fundamentale rettigheter oppsto under EFTA-domstolens vurdering av om saken kunne antas til realitetsbehandling. En av de tiltalte, Reynisson, hevdet at sakens oversendelse til EFTA-domstolen forlenget rettsforhandlingenes varighet, og derfor krenket EMK artikkel 6 om retten til rettferdig rettergang. I denne forbindelse kom domstolen med følgende uttalelse angående menneskerettighetenes stilling i EØS:

«The Court (...) has found on earlier occasions that provisions of the EEA Agreement as well as procedural provisions of the Surveillance and Court Agreement are to be interpreted in the light of fundamental rights (...). The provisions of the European Convention of Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights are important sources for determining the scope of these rights.»¹⁰²

I tråd med uttalelsen så EFTA-domstolen så hen til EMK artikkel 6 og Menneskerettighetsdomstolens praksis tilknyttet denne bestemmelsen. Artikkel 6 nr. 1 gir enhver borger rett til «en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid». EFTA-domstolen

¹⁰² Dommens premiss 23.

merket seg imidlertid at Menneskerettighetsdomstolen i saken *Pafitis m.fl. vs. Hellas*, angående en forsinkelse i rettergangen på to år og syv måneder grunnet en prejudisiell foreleggelse for EF-domstolen, fant at denne tidsperioden ikke kunne tas i betraktning ved fastsettelsen av varigheten av en bestemt rettsprosess. Menneskerettighetsdomstolen uttalte at det å ta denne perioden med i beregningen ville «(...) adversely affect the system instituted by Article 177 [nåværende artikkel 234, min tilf.] of the EEC Treaty and work against the aim pursued in substance in that Article.»¹⁰³

EFTA-domstolen fant at

«[t]he same must apply with regard to the procedure established under Article 34 of the Surveillance and Court Agreement. As a means of inter-court cooperation in cases where the interpretation of EEA law becomes necessary, this procedure contributes to the proper functioning of the EEA Agreement to the benefit of individuals and economic operators.»¹⁰⁴

I den foreliggende saken gikk det bare fem måneder fra anmodningen om en rådgivende uttalelse ble registrert til EFTA-domstolen traff sin avgjørelse. På denne bakgrunn fant domstolen ingen grunn til å undersøke spørsmålet om forenligheten med EMK artikkel 6 noe videre.

De øvrige spørsmålene i saken dreide seg alle om hvilke opprinnelsesregler som skulle anvendes på de aktuelle fiskeproduktene, og hvorvidt foredlingen hos Sæunn Axels hadde medført at produktene, fra å ha opprinnelse utenfor EØS-området, hadde gått over til å være av EØS-opprinnelse. EFTA-domstolen konkluderte til slutt med at fiskeproduktene ikke hadde oppnådd noen slik EØS-opprinnelse.

7.4.2 Begrepet «fundamentale rettigheter»

I henhold til EFTA-domstolens uttalelse i *Ásgeirsson* skal altså EØS-avtalen samt ODA-avtalens prosessuelle bestemmelser tolkes i lys av «fundamentale rettigheter». I fellesskapsretten har som nevnt EF-domstolen identifisert kildene til slike rettigheter til å ligge både i medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner og i bestemmelsene i EMK og andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter «on which the Member States have collaborated or to which they are signatories.» Kan et tilsvarende innhold av begrepet «fundamentale rettigheter» på bakgrunn av EFTA-domstolens praksis legges til grunn i EØS?

At EMK også i EØS-sammenheng gir uttrykk for «fundamentale rettigheter», fremgår klart av uttalelsene i *Ásgeirsson*. Ut over dette inneholder EFTA-domstolens formulering ingen tilsvarende angivelse av hvilke rettigheter som kan bli betraktet som

¹⁰³ *Pafitis and others vs. Greece*, no. 20323/92, ECHR 1998-I, premiss 95. Se EFTA-domstolens dom premiss 23.

¹⁰⁴ Dommens premiss 24.

«fundamentale» som den vi finner i EF-domstolens «standardformulering». En viss veiledning er imidlertid å finne i uttalelsen om at bestemmelsene i EMK samt Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser er «viktige kilder» ved fastleggelsen av de fundamentale rettighetenes omfang: Dette indikerer at EMK ikke nødvendigvis er den eneste inspirasjonskilden, men at også andre bestemmelser angående grunnleggende rettigheter kan tenkes å komme i betraktning. Et slikt synspunkt synes også å støttes av EFTA-domstolens uttalelser i *Bellona*-saken, der det ble talt om betydningen av «human rights» for privates søksmålsadgang under fellesskapsretten. Ved å bruke en så generell terminologi inkluderer domstolen i prinsippet både EMK, andre menneskerettighetsinstrumenter og bestemmelser i medlemsstatenes forfatninger i begrepet.

Verken i *Ásgeirsson* eller *Bellona* var det nødvendig for EFTA-domstolen å foreta en nøyaktig avgrensing av hvilke typer rettigheter som kan bli betraktet som «fundamentale». Som jeg skal komme nærmere tilbake til nedenfor, valgte domstolen i *Bellona* – på bakgrunn av den pågående utviklingen i fellesskapsretten – ikke å gå nærmere inn på spørsmålet om *locus standi*-begrepets forhold til menneskerettighetene.

Og i *Ásgeirsson* var anførselen om fundamentale rettigheter kun knyttet til EMK, som da også ble karakterisert som «viktig». I hvilken grad også andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter, samt medlemsstatenes forfatningstradisjoner, har betydning for innholdet av begrepet «fundamentale rettigheter», kan derfor bare EFTA-domstolens fremtidige rettspraksis gi et sikkert svar på. Særlig med tanke på EØS-avtalens målsetning om homogenitet mellom EØS- og EF-retten (se nærmere om dette prinsippet nedenfor i kapittel 8), er det imidlertid vanskelig å tenke seg at EFTA-domstolen i fremtiden skulle legge til grunn en snevrere forståelse av uttrykket «fundamentale rettigheter» enn den EF-domstolen lenge har gitt uttrykk for.

Enkelte spørsmål reiser seg imidlertid med hensyn til bruken av medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner. For EFTA-domstolen vil det være naturlig å se hen til EFTA-landenes grunnlover og de felles verdiene som er nedfelt i disse. Siden EF-domstolens komparative analyse av EU-landenes forfatningsrett ikke inkluderer EFTA-statene, er en slik inkludering fra EFTA-domstolens side nødvendig for at EFTA-siden i EØS ikke skal være nektet enhver innflytelse på den ulovfestede «rettighetskatalogens» innhold. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette nedenfor i 9.4.1, der jeg stiller spørsmål om hvor naturlig det er å gjøre den fellesskapsrettslige «rettighetskatalogen» til del av EØS-avtalen. På dette stadiet av drøftelsene er det imidlertid tilstrekkelig å peke på at den nødvendige hensyntaken i EFTA-domstolens praksis til EFTA-landenes forfatningstradisjoner vil kunne skape problemer i forhold til EØS-samarbeidets homogenitetsmålsetning: Dersom det her eksisterer ulike tradisjoner på EFTA- og EF-siden, kan et konkret spørsmål ende opp med å få en forskjellig løsning alt ettersom hvilken domstol som behandler det. Det ville derfor være interessant å se hvordan EFTA-

domstolen, dersom spørsmålet skulle reise seg i fremtiden, ville forholde seg til anførsler støttet på EFTA-statenes forfatningsrett.

7.4.3 «...tolkes i lys av...»

Hva innebærer det så at EØS-avtalen samt ODA-avtalens prosessuelle bestemmelser skal «tolkes i lys av» fundamentale rettigheter? Formuleringen er inntatt i *Ásgeirsson*-dommens premiss 23, som sammen med premiss 24 statuerer en plikt til å se hen til regelen i EMK artikkel 6 ved anvendelsen av ODA-avtalens artikkel 34. Også avgjørelsene i *Bellona* og *TV 1000* – som EFTA-domstolen i *Ásgeirsson* for øvrig viser til (jeg kommer nærmere tilbake til denne henvisningen nedenfor) – dreier seg som vist om den nærmere fastleggelsen av EØS-bestemmelseres innhold på bakgrunn av menneskerettighetene.

Uttalelsen i *Ásgeirsson* må på denne bakgrunn forstås slik at EØS-rettslige bestemmelser skal tolkes i overensstemmelse med fundamentale rettigheter: I den grad bestemmelsenes ordlyd gir rom for flere ulike tolkninger, skal den forståelsen som er mest i samsvar med de beskyttede menneskerettighetene legges til grunn. EFTA-domstolen stiller med andre ord opp en *tolkningsregel*. Den nevnte henvisningen til avgjørelsen i *TV 1000*-saken, som - i motsetning til *Ásgeirsson*- og *Bellona*-avgjørelsenes tolkning av traktatbestemmelser - omhandlet et direktiv inntatt i EØS-avtalen, må videre innebære at både EØS-rettslig primærrett og sekundærrett er omfattet av den oppstilte regelen.

Det kan også stilles spørsmål ved *hvem* EFTA-domstolens uttalelse er rettet til. Hvem er omfattet av plikten til å tolke EØS-bestemmelsene «i lys av» fundamentale rettigheter? At EFTA-domstolen selv faller inn under tolkningsregelens anvendelsesområde er klart. Videre er det vel rimelig å anta at også EFTAs overvåkningsorgan, som en aktiv anvender av særlig EØS-avtalens konkurransebestemmelser, er omfattet.

En tredje anvender av EØS-retten er EFTA-landenes myndigheter, og spesielt de nasjonale domstolene. Er også disse forpliktet til å tolke EØS-bestemmelsene i overensstemmelse med fundamentale rettigheter? Et spørsmål er her hva som gjelder når EFTA-statene implementerer EØS-rettslig sekundærrett i sine nasjonale rettsordener – dette reiser spesielle problemer og blir behandlet nedenfor i 9.4.2. Et annet spørsmål er om nasjonale myndigheter og domstoler er *indirekte* bundet av det EØS-rettslige menneskerettighetskonseptet, i form av å måtte legge til grunn den tolkningen av EØS-bestemmelsene som dette konseptet til enhver tid medfører. Her kan det for det første pekes på at anførselen som foranlediget EFTA-domstolens uttalelse i *Ásgeirsson*-saken dreide seg nettopp om en islandsk domstols bruk av adgangen etter ODA-avtalens artikkel 34 til å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Denne retten måtte etter EFTA-domstolens mening tolkes i lys av fundamentale rettigheter. For det andre ville det

være lite logisk om enkelte rettsanvendere, men ikke andre, var «bundet» av den etablerte tolkningen av en konkret EØS-bestemmelse: Det er vanskelig å tenke seg hvordan dette skulle kunne fungere i praksis. En slik «indirekte plikt» til å respektere EØS-rettens fundamentale rettigheter er det derfor rimelig at EFTA-statene har.

Uttrykket «tolke i lys av» reiser også spørsmål om hva som blir konsekvensen av en EØS-regels eventuelle brudd på fundamentale rettigheter. Problemet er med andre ord hva EFTA-domstolen vil foreta seg dersom det ikke er mulig å tolke bestemmelsen slik at den kan forenes med en eller flere bestemte menneskerettigheter. Dette vil jeg behandle nærmere nedenfor i 9.2.3.

7.4.4 EMKs status i EØS-retten

Det neste spørsmålet blir så hvilken *status* fundamentale rettigheter, i vår sammenheng særlig EMK, har i EØS. I fellesskapet er konvensjonen som vist ikke bindende *som sådan*, men fungerer som en betydningsfull kilde til innholdet av EF-rettens alminnelige prinsipper. Særlig *Kälin* har imidlertid hevdet at denne innfallsvinkelen ikke bør anvendes i EØS, men at EMK derimot bør gis *direkte* anvendelse i dette rettssystemet. Synspunktet bygger hovedsakelig på den ovenfor nevnte felleserklæring nr. 22 til EØS-avtalens sluttakt, og en forståelse av at denne omfatter forholdet til blant annet EMK.¹⁰⁵ Jeg viser her til drøftelsen av felleserklæring nr. 22 ovenfor i 6.1, der argumentasjonen er gjennomgått nærmere.

I *Ásgeirsson* uttalte imidlertid EFTA-domstolen, etter å ha fastslått at EØS- og ODA-avtalens bestemmelser skal tolkes i lys av fundamentale rettigheter, at «[t]he provisions of the European Convention of Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights are *important sources* for determining the scope of these rights.» (min uth.) Formuleringen gjør det dermed klart at EMK ikke anvendes direkte i EØS: Konvensjonens bestemmelser er ikke *i seg selv* bindende, men har betydning i form av å være et egnet redskap – en «viktig kilde» – til å avdekke innholdet av de fundamentale rettighetene som inngår i EØS-konstruksjonen. EMKs EØS-rettslige status tilsvarer dermed dens status i EF-retten, der den gir «retningslinjer» for og «inspirasjon» ved fastleggelsen av den fellesskapsrettslige «rettighetskatalogens» innhold. Dermed har også EFTA-domstolen, i likhet med EF-domstolen, forbeholdt seg en viss frihet til å legge sin egen forståelse av konvensjonsrettighetene til grunn: I motsetning til de enkelte partene til EMK, er domstolen ikke forpliktet til å følge de synspunktene som Strasbourg-systemet gir uttrykk for.

¹⁰⁵ Se *Kälin*, *The EEA Agreement and the European Convention for the Protection of Human Rights*, særlig s. 351-352.

Jevnt over er det vel imidlertid ikke særlig grunn til å tro at EFTA-domstolen vil ønske å fravike EMK og de prinsippene som er blitt utviklet i Strasbourg. En grunn til dette er selvfølgelig at samtlige EFTA-stater har ratifisert konvensjonen. Videre kan det påpekes at EFTA-domstolen – i motsetning til EF-domstolen i dens «standardformulering» angående fellesskapsrettens rettighetsvern – spesifikt påpeker at også Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser, ved siden av konvensjonsbestemmelsene, er «viktige kilder» til innholdet av de beskyttede fundamentale rettighetene. Isolert sett kan denne forskjellen gi grunnlag for et argument om at EFTA-domstolen vil være mer tilbøyelig til å se hen til Menneskerettighetsdomstolens tolkning av EMK enn det EF-domstolen er – som nevnt i kapittel 3 har ikke sistnevnte alltid vært like opptatt av å vise til Strasbourg-rettspraksis. Nyere avgjørelser fra EF-domstolen, der det i økende grad forekommer henvisninger til Menneskerettighetsdomstolen, viser imidlertid at denne noe restriktive holdningen er i ferd med å falle bort. På denne bakgrunn er det ikke videre sannsynlig at formuleringsforskjellen mellom EFTA-domstolen og EF-domstolen vil gi seg utslag i noen særlige faktiske ulikheter med hensyn til rettssystemenes menneskerettighetsvern. Det er likevel grunn til å påpeke at *signaleffekten* av EFTA-domstolens formulering, i retning av å «anerkjenne» Menneskerettighetsdomstolens posisjon, er viktig.

Til slutt kan det nevnes at mens EF-domstolen gjennomgående karakteriserer EMK som en «særlig betydningsfull» rettighetskilde, betrakter EFTA-domstolen den som «viktig». Det er imidlertid neppe grunn til å anta at det ligger noen realitetsforskjell i disse formuleringene: I likhet med medlemslandene i EU har som nevnt alle EFTA-statene tiltrådt EMK, og konvensjonen gir følgelig uttrykk for verdier som ikke bare EFTA-konstellasjonen, men et samlet EØS kan enes om. Det er som nevnt denne samstemmigheten som ligger bak konvensjonens posisjon i EF-retten.

Så langt har vi altså sett at EFTA-domstolen har stilt opp en tolkningsregel om at EØS-avtalen samt ODA-avtalens prosessuelle bestemmelser skal forstås «i lys av» fundamentale rettigheter. Begrepet «fundamentale rettigheter» omfatter klart prinsippene nedfelt i EMK, mens det øvrige innholdet foreløpig er litt mer usikkert. At EFTA-domstolen skulle legge til grunn et snevrere kildemessig grunnlag enn EF-domstolen ved fastleggelsen av begrepets nærmere innhold er imidlertid lite sannsynlig. Og endelig er det klart at EMK, ved å være en «viktig kilde» til EØS-rettens fundamentale rettigheter, har samme status i EØS som i fellesskapsretten. På mange måter kan dermed det EØS-rettslige menneskerettighetsvernet minne om det som gjelder i EF.

Som nevnt i kapittel 5 fastslo imidlertid EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdóttir* at EØS-avtalen er «(...) an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own.» Dette medfører at det likevel ikke er sikkert at rettighetsvernet i EØS er nøyaktig det samme som rettighetsvernet i fellesskapsretten. Denne modifikasjonen bringer oss over i EØS-samarbeidets homogenitetsprinsipp, og spørsmålet om hvor langt

dette rekker når det gjelder å innføre EF-rettens beskyttelse av fundamentale rettigheter i EØS-systemet.

8 Homogenitetsprinsippet i EØS

8.1 Innledende bemerkninger

En hovedmålsetning med EØS-avtalen er at det skal gjelde ensartede regler på hele avtaleområdet. Under avtaleforhandlingene var dette et klart krav fra EU-siden, som ønsket å sikre seg at EØS ikke ble et «EU á la carte»: EFTA-landene skulle ikke kunne ta med seg alle fordelene ved full markedstilhørighet uten samtidig å påta seg de forpliktelsene som EUs medlemsstater må leve med.

Homogenitetsmålsetningen har for det første kommet til uttrykk i avsnitt 5 i EØS-avtalens fortale, som sier at formålet med konstruksjonen er å opprette et «dynamisk og ensartet» samarbeidsområde. Videre er målsetningen slått fast i fortalens avsnitt 16, der det fremgår at avtalepartene søker å opprettholde «en lik fortolkning og anvendelse» av avtalen og av de EF- bestemmelsene som er gjengitt i den. Det samme er, om enn med litt andre ord, uttrykt i EØS-avtalens artikkel 1 under hovedoverskriften «Formål og prinsipper»¹⁰⁶. På denne bakgrunn utgjør homogenitetsprinsippet et tungtveiende hensyn ved tolkningen av EØS-retten; av Arnesen blir det omtalt som systemets «grunnleggende rettskildeprinsipp.»¹⁰⁷

I EØS-regelverket er det inntatt en rekke mekanismer som skal sikre homogenitet. I vår sammenheng er det særlig bestemmelsene i EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2 om relevansen av EF-domstolens avgjørelser som gjør krav på oppmerksomhet. Som nevnt innledningsvis forutsetter en vellykket integrasjon av EFTA-landene i det indre marked at disse også overtar EF-domstolens rettspraksis, i den grad denne er relevant for forståelsen av EØS-regelverket.

¹⁰⁶ EØS-avtalens artikkel 1 lyder som følger: «Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS.»

¹⁰⁷ *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004, s. 202.

8.2 EØS-avtalens artikkel 6, jf. ODA-avtalens artikkel 3 (2)

Etter EØS-avtalens artikkel 6 skal EFTA-statene – og i for seg også EF¹⁰⁸ – tolke bestemmelsene i avtalen «så langt de i sitt materielle innhold er identiske med» de tilsvarende reglene i EF-retten, «i samsvar med de relevante rettsavgjørelser» som EF-domstolen har avsagt «før undertegningen av» EØS-avtalen. Bestemmelsen stiller med andre ord opp tre betingelser, og dersom alle disse er oppfylt, foreligger det en *plikt* til å legge til grunn EF-domstolens rettspraksis. Plikten retter seg både til EFTA-institusjonene, det vil si EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen, og til medlemslandenes domstoler.

For det første gjelder artikkel 6 bare for avgjørelser fra EF-domstolen avsagt før 2. mai 1992, datoen da EØS-avtalen ble undertegnet. Årsaken til skjæringspunktet er at man ikke ønsket å gi EF-domstolen noen «blancofullmakt» til å bestemme rettsutviklingen i EØS.¹⁰⁹ Det er imidlertid ikke dermed sagt at man ved tolkningen av EØS-avtalen enkelt og greit kan se bort fra rettspraksis fra etter undertegnelsestidspunktet. I tillegg til å være rettsteknisk svært vanskelig – det er ikke enkelt å skille nyere rettspraksis fra tidligere avgjørelser – ville en slik absolutt grensedragning kunne føre til heller merkelige resultater: For eksempel ville det på området for den frie bevelighet av varer innebære at den viktige *Keck*-avgjørelsen av 24. november 1993 ikke ville være relevant.¹¹⁰ Videre ville det være vanskelig forenlig med homogenitetsprinsippet og målsetningen i fortalens avsnitt 5 om et «dynamisk» samarbeidsområde. På denne bakgrunn gjør EØS-avtalens artikkel 6 selv et forbehold for «den fremtidige utvikling av rettspraksis». Dette er fulgt opp i ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2, som pålegger EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen å ta «tilbørlig hensyn til» senere «relevant» rettspraksis fra EF-domstolen. Selv om denne bestemmelsen bare retter seg til EFTA-institusjonene, og – av suverenitetshensyn – ikke til de nasjonale domstoler, har skjæringstidspunktet liten betydning for den praktiske rettsanvendelse.¹¹¹ EFTA-domstolen har gjennomgående

¹⁰⁸ Under EØS-forhandlingene var det et poeng for EFTA-landene å sikre seg at EF-domstolen ville tolke EØS-avtalens bestemmelser i overensstemmelse med sin egen rettspraksis om de tilsvarende bestemmelsene i EF-retten. I forhold til de frihandelsavtalene EØS-avtalen avløste, hadde man nemlig erfaring for at EF-domstolen hadde tolket i og for seg likelydende bestemmelser ulikt under henvisning til traktatenes ulike formål. Se Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, s. 81.

¹⁰⁹ Se Bull, Henrik. *EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett*. I: LoR 1992 s. 583, på s. 595.

¹¹⁰ Forente saker C-267/91 og C-268/91, *Keck og Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097.

¹¹¹ Henrik Bull fremhever at det i første rekke vil være i tilfeller der EF-domstolen foretar radikale brudd med sin tidligere rettspraksis, at skjæringstidspunktet vil kunne tenkes å få betydning. Etter hans mening kan man i slike situasjoner “(...) iallfall ikke legge til grunn som en generelt sannsynlig løsning at EFTA-domstolen vil følge EF-domstolen.” Noen nærmere drøftelse av spørsmålet foretar han imidlertid ikke. Se Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, s. 80-81.

behandlet EF-domstolens rettspraksis etter undertegningen av EØS-avtalen på lik linje med avgjørelser fra før undertegningen.¹¹² Og for eksempel den norske Høyesterett har i flere saker uttrykkelig vist til skjæringstidspunktet for så å understreke at skillet ikke får betydning i den foreliggende sak.¹¹³ Grensedragningen vil derfor heller ikke bli problematisert her.

Det andre kriteriet artikkel 6 stiller opp for at det skal gjelde en plikt til å legge til grunn EF-domstolens rettspraksis, er at den aktuelle EØS-bestemmelsen «i sitt materielle innhold er identisk med» den tilsvarende bestemmelsen i EF-retten. Betingelsen innebærer at bare de EØS-reglene som er hentet fra fellesskapsretten er relevante i henhold til artikkel 6: Dette omfatter både de bestemmelsene som er kopiert ord for ord fra EF-regelverket, og de som, til tross for en noe endret ordlyd, likevel gjennomfører det materielle innholdet i en fellesskapsbestemmelse i EØS-retten. Stort sett kan alle EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter og fri konkurranse sies å oppfylle dette kriteriet. Derfor sier jeg ikke mer om dette i det følgende.

8.3 Relevanskriteriet

I vår sammenheng er problemet i forhold til EØS-avtalens artikkel 6 jf. ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2 først og fremst om det tredje av bestemmelsenes kriterier er oppfylt. Spørsmålet er med andre ord om EF-domstolens praksis angående beskyttelsen av fundamentale rettigheter utgjør «relevante rettsavgjørelser» i bestemmelsenes forstand.

Henvisningen til EF-domstolens «relevante» rettsavgjørelser kan forstås på to måter. En mulighet er å lese uttrykket «relevant» som en henvisning til avgjørelser fra EF-domstolen som refererer seg til fellesskapsrettslige bestemmelser «materielt identiske» med EØS-avtalens. Lest på denne måten innebærer ikke uttrykket noe tilleggskriterium, men vil derimot reelt sett være innholdsløst. En alternativ lesning er imidlertid å forstå uttrykket slik at man ikke uten videre kan legge til grunn en avgjørelse fra EF-domstolen selv om denne angår tolkningen av parallelle fellesskapsrettslige og EØS-rettslige bestemmelser: Det må i tillegg tas stilling til om avgjørelsen er «relevant» i relasjon til tolkningsregelen i artikkel 6. I norsk juridisk teori synes denne sistnevnte forståelsen gjennomgående å være lagt til grunn. I så måte kan det særlig henvises til Henrik Bulls behandling av spørsmålet, og den kjennskap han som deltaker har til EØS-forhandlingene.¹¹⁴

¹¹² Op. cit. s. 79.

¹¹³ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1954, *Løten Kommune*, Rt. 1997 s. 1965, *Eidesund* og Rt. 1999 s. 977, *Nemko*.

¹¹⁴ Se Bull, Henrik. *EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett*. I: LoR 1992 s. 583, på s. 595. Se også for eksempel *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al.]. Oslo, 1995, s. 163, Sejersted, *Between Sovereignty*

Enkelte uttalelser av det svenske EØS-utvalget kan imidlertid tyde på at det der ble lagt til grunn en videre forståelse av relevanskriteriet i artikkel 6. Nils Wahl skriver at utvalget synes å legge til grunn at alle avgjørelser fra EF-domstolen er relevante etter artikkel 6, også avgjørelser som ikke omhandler bestemmelser som gjenfinnes i EØS-avtalen. Wahl bygger dette på den ovenfor nevnte uttalelsen om at svenske domstoler skal «(...) tolka EES-regler med utgangspunkt från de relevanta avgöranden vari EG-domstolen tillämpat de principer som [EMK] ger uttryck för.»¹¹⁵ Samtidig nevner han imidlertid at proposisjonen til den svenske EØS-loven inneholder en forståelse av relevanskriteriet som er mer lik den norske.¹¹⁶

Etter dette vil relevansen av EF-domstolens avgjørelser om fundamentale rettigheter i bunn og grunn bero på hva som blir ansett som «relevant» i forhold til EØS-samarbeidet som konstruksjon. Sejersted skriver at EØS-avtalens artikkel 6 skaper en «presumpsjon» for at avgjørelser fra EF-domstolen er relevante. Dette innebærer at det vanligvis ikke er nødvendig å forklare hvorfor en bestemt avgjørelse er relevant: Det som krever begrunnelse er en påstand om at den ikke er det.¹¹⁷

Dette bringer oss over i et spørsmål om hvilke forskjeller som eksisterer mellom EØS-systemet og EU. Det er tradisjonelt antatt at homogenitetsprinsippet, herunder EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3 nr. 2, ikke gir noen garanti for rettslig ensartethet, men derimot i enkelte tilfeller kan tenkes å måtte vike for EØS-konstruksjonens særtrekk.¹¹⁸ Som nevnt innledningsvis er de viktigste ulikhetene i så måte knyttet til rettssystemenes formål og karakter. På denne bakgrunn er relevanskriteriet i artikkel 6 av Sejersted blitt omtalt som «(...) the clearest example of how the text of the Agreement covers what are really unsolved fundamental questions».¹¹⁹

Jeg vil i det følgende først ta for meg de sentrale forskjellene mellom EØS-samarbeidet og EU-systemet. Disse vil igjen gi svar på hvilke av EF-domstolens avgjørelser som må

and Supranationalism in the EEA Context, s. 54-58 og Fløistad, *Fundamental Rights and the EEA Agreement* s. 51.

¹¹⁵ 1992/93:EU1 Del I s. 172.

¹¹⁶ Wahl, Nils. "Relevanta" avgöranden av EG-domstolen. I: EES-avtalet i svensk rätt. Ulf Bernitz...[et al.].Stockholm, 1993, s. 181, på s. 193-194.

¹¹⁷ Sejersted, *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context*, s. 54.

¹¹⁸ Dette ble, kanskje noe overraskende, fremhevet av EF-domstolen i dens første uttalelse om EØS-avtalen. Se Opinion 1/91, Sml. 1991 s. I-6079, premiss 13-29, særlig premiss 24-29. Se videre for eksempel Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital*, s. 79 og Sejersted... [et.al], *EØS-rett*, 2004, s. 203.

¹¹⁹ Sejersted, *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context*, s. 54.

ses på som mindre relevante. Deretter blir spørsmålet hvilken betydning ulikhetene har for innføringen av fellesskapsrettens vern om fundamentale rettigheter i EØS-avtalen.

8.4 Sentrale forskjeller mellom EØS-avtalen og EU-systemet

I sin første uttalelse om EØS-avtalen, Opinion 1/91¹²⁰, pekte EF-domstolen særlig på to forskjeller mellom EØS- og EU-samarbeidet som kunne føre til begrensninger i homogenitetsprinsippet: Traktatenes formål og deres karakter. I tillegg kommer selvfølgelig at EØS-avtalen er av et mindre omfang enn EU-samarbeidet.

8.4.1 Traktatenes formål

Av EØS-avtalens artikkel 1 fremgår det at hovedformålet med EØS-samarbeidet er å utvide EUs indre marked til også å omfatte EFTA-statene: Man ønsker å fremme «(...) en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler (...)». Slik skal EFTA-landene gjøres til en integrert del av fellesmarkedet. Formålet med EØS-samarbeidet er med andre ord *markedsintegrasjon*, oppnådd gjennom regelhomogenitet og dynamisk utvikling i takt med den underliggende EF-retten.¹²¹

Når det gjelder EU, er imidlertid situasjonen en ganske annen. I 2. ledd av EF-traktatens fortale er det fremhevet at EF-samarbeidet skal «(...) skape grunnlaget for en stadig nærmere sammenslutning mellom de europeiske folk» (min uth.). Allerede her finner vi altså uttrykk for en videre integrasjonsmålsetning. Dette underbygges av EU-traktatens artikkel 1, som i 2. ledd beskriver seg selv som «(...) en ny etappe i prosessen for å skape en stadig nærmere sammenslutning mellom de europeiske folk (...)». Videre fremhever den i 3. ledd at unionens oppgave er «(...) å tilrettelegge forbindelsene mellom medlemsstatene og mellom deres folk på en sammenhengende og solidarisk måte.» Selv om de kanskje største utslagene av EUs integrasjonsmålsetning – innføringen av en felles utenriks- og sikkerhetspolitikk og et politi- og justissamarbeid – er å finne i EU-traktaten, som isolert sett er uten betydning for EØS-samarbeidet, må hele EUs traktatverk på dette punktet ses i sammenheng. Dessuten er også enkelte av EF-traktatens bestemmelser, for eksempel om unionsborgerskap, et utslag av det videre integrasjonsformålet. Av dette fremgår det at EU-samarbeidets formål rekker mye lenger enn EØS-avtalens: Mens det felles markedet under EØS er et mål *i seg selv*, er det i EU kun et middel for å oppnå «en stadig nærmere sammenslutning» mellom Europas folk.¹²²

¹²⁰ Opinion 1/91, Sml. 1991 s. I-6079, premiss 13-29.

¹²¹ Op. cit. premiss 15.

¹²² Op. cit. premiss 16-18.

8.4.2 Traktatenes karakter

Den andre vesentlige forskjellen mellom EØS- og EU-samarbeidet ligger i deres ulike karakter. I Opinion 1/91 karakteriserte EF-domstolen EF-traktaten på følgende måte:

«Skønt EØF-Traktaten også er indgået i form af en international aftale, udgør den ikke desto mindre det forfatningsmæssige grundlag for et retsfællesskab. I fast retspraksis har Domstolen henvist til, at der ved EF's Traktater er indført en ny retsorden, i forhold til hvilken medlemsstaterne på stadig større områder har begrænset deres nationale beføjelser, og hvis retssubjekter ikke blot er staterne, men også disses borgere (...) De væsentligste kendetegn ved den herved skabte fællesskabsretsorden er først og fremmest dens forrang i forhold til medlemsstaternes retssystemer samt den direkte virkning af en række bestemmelser, der gælder for medlemsstaternes borgere og for staterne selv.»¹²³

Uttalelsen viser at EF-retten har en rekke overnasjonale karakteristika, og er preget av medlemsstatenes suverenitetsavståelser til fordel for fellesskapet. EØS-avtalen på sin side er derimot formelt sett en folkerettslig traktat, som i det vesentlige kun skaper rettigheter og plikter mellom avtalepartene, og som ikke overfører suverenitet i form av lovgivningsmyndighet til de overnasjonale EØS- og EFTA-organene.¹²⁴ Den folkerettslige karakteren var under traktatforhandlingene en forutsetning for EFTA-statene, som ønsket å beholde mer suverenitet enn det som er mulig ved et EU-medlemskap. I denne forbindelse var det særlig maktpåliggende å unngå EF-rettens prinsipper om direkte virkning og forrang. For Norges vedkommende fremgår dette av ratifikasjonsproposisjonen, der det blant annet uttales at man ved bruk av særskilte virkemidler har søkt å bøte på det problemet som ligger i «[a]t rettsvirkningene av EFs regelverk kan ha en annen karakter (blant annet direkte virkning) enn hos oss, hvor tilsvarende EØS-bestemmelser må gjennomføres i norsk rett ved vedtak av norske myndigheter (...)»¹²⁵ På denne bakgrunn fastslår EØS-avtalens protokoll 35 at samarbeidet ikke krever «(...) at noen avtalepart overfører lovgivningsmyndighet til noe organ for [EØS]», men at dette vil måtte oppnås «(...) ved nasjonale fremgangsmåter», og videre at «[i] tilfelle av mulig konflikt mellom gjennomførte EØS-regler og andre lovregler forplikter EFTA-statene seg til om nødvendig å innføre en lovregel om at EØS-

¹²³ Op.cit. premiss 21.

¹²⁴ Op. cit. premiss 20.

¹²⁵ St.prp. nr. 100 (1991-92), s. 316-319. Argumentasjonen må ses på bakgrunn av at man i Norge har et dualistisk syn på forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett. Fra norsk side ble det stilt tre hovedkrav til EØS-avtalen: Den skulle ikke gjøre det nødvendig med endringer i Grunnloven, den skulle ikke innebære noen overføring av lovgivningsmyndighet fra nasjonale organer til EØS-organer, og den skulle ikke kreve endringer i avtalepartenes interne beslutningsprosess. Se St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 316.

reglene skal gå foran (...).» Dette innebærer at EØS-avtalens forrang må forankres nasjonalt, og at det ikke kreves forrang fremfor nasjonal grunnlov – dette følger av at bestemmelsen bare gjelder for konflikt mellom EØS-regler og «andre lovregler». Bestemmelsen sier heller ikke noe om betydningen av EØS-regler som er feil eller mangelfullt gjennomført i nasjonal rett; forrangsbestemmelsen gjelder bare for «gjennomførte EØS-regler»¹²⁶

Også EFTA-domstolen har lagt til grunn at EØS-avtalen mangler direkte virkning. Dette fremgår av *Karlsson*-avgjørelsen, der domstolen uttalte at "(...) EEA law does not require that individuals and economic operators can rely directly on nonimplemented EEA rules before national courts."¹²⁷ Som rettskildefaktor ved tolkningen av EØS-avtalen er EFTA-domstolens avgjørelser meget mer tungtveiende enn de enkelte avtalepartenes forutsetninger.

Flere forfattere har likevel hevdet at EØS-avtalen, inkludert direktivene som er gjort til del av den, må ha den samme form for direkte virkning og forrang i EFTA-landene i EØS som det EF-traktaten og direktiver har i EF-landene. En nærmere drøftelse av spørsmålet faller utenfor min problemstilling, og for denne avhandlingens formål vil jeg – på basis av de foreliggende rettskildefaktorene - legge til grunn at EØS-avtalen ikke inneholder fellesskapsrettens prinsipper om forrang og direkte virkning. For en utfyllende vurdering av spørsmålet, se Jervell, Stephan L. *Lovgivningen i EØS – Beslutningsprosessen, gjennomføringen og konsekvensene*. Oslo, 2002, kap. 5, med videre henvisninger.

EØS-avtalens folkerettslige karakter, og ønsket om å verne om EFTA-statenes autonomi, fremgår også av enkelte andre av avtalens bestemmelser. Blant annet må alle beslutninger i EØS-komiteen, som i henhold til EØS-avtalens artikkel 92 nr. 1 «skal sikre en effektiv gjennomføring» av samarbeidet, treffes ved enstemmighet, jf. artikkel 93 nr. 2. Videre er EØS- og EFTA-organene ikke gitt like vidtrekkende kompetanser som det EU-institusjonene innehar.¹²⁸

¹²⁶ Se Sejersted...[et al.], *EØS-rett*, 2004, s. 187-188. Prinsippet i protokoll 35 følges opp i EØS-avtalens artikkel 7, som, i motsetning til EF-traktatens artikkel 249, sier at både forordninger og direktiver må *gjøres til del av* avtalepartenes interne rettsorden.

¹²⁷ Sak E-4/01, *Karl K. Karlsson vs. Island*, REC 2002 s. 245, premiss 28.

¹²⁸ Et eksempel på dette er ODA artikkel 34, som ikke i noen tilfeller forplikter en nasjonal rettsinstans til å be EFTA-domstolen om en prejudisiell uttalelse. Videre tillegges bestemmelsen slike uttalelser kun rådgivende, og ikke bindende, virkning. Til sammenlikning gjør den korresponderende bestemmelsen i EF-traktaten, artikkel 234, slike uttalelser bindende for den foreleggende retten, og for de nasjonale rettsordeners høyeste domstoler er det en plikt å forelegge prejudisielle spørsmål for EF-domstolen.

8.4.3 Samarbeidets omfang

En tredje viktig forskjell mellom EØS-konstruksjonen og EU ligger i samarbeidets omfang. EØS omfatter ikke de delene av EU-samarbeidet som går ut over reguleringen av det indre marked, slik som utenriks- og sikkerhetspolitikken (EUs «søyle II», se EU-traktatens avsnitt V), justis- og politisamarbeidet (EUs «søyle III», se EU-traktatens avsnitt VI), visum, asyl og innvandringssamarbeidet (se EF-traktatens tredje del, avsnitt IV) og den økonomiske og monetære union (se EF-traktatens tredje del, avsnitt VII). Dette er en naturlig konsekvens av EØS-avtalens rent markedsintegrasjonsmessige formål, i motsetning til den videre integrasjonstankegangen bak EU-samarbeidet. Videre er heller ikke alle sider ved EUs markedsregulering omfattet.

8.4.4 Forskjellenes betydning for relevanskriteriets innhold

Av de nevnte ulikhetene i samarbeidets omfang fremgår det selvfølgelig at rettspraksis fra EF-domstolen angående områder som ikke er omfattet av EØS-avtalen er mindre «relevante» for EFTA-organene og EFTA-landenes domstoler. De fleste slike avgjørelser vil uansett falle utenfor anvendelsesområdet for artikkel 6 fordi de omhandlede bestemmelsene ikke har noen parallell i EØS-avtalen.

Forskjellene mellom EØS- og EU-samarbeidet hva angår deres formål og karakter tilsier videre at man ved tolkningen av EØS-avtalen bør ha en tanke til dennes mer begrensede ambisjoner og, kanskje særlig, til det folkerettslige suverenitetsprinsippet. På denne bakgrunn er det grunn til å forstå henvisningen til EF-domstolens «relevante» praksis slik at det først og fremst er de avgjørelsene som ikke er et utslag av fellesskapsrettens «overnasjonale» karakter, eller som er preget av EF-samarbeidets videre integrasjonsformål, som er omfattet av tolkningsdirektivet i artikkel 6.¹²⁹

Så lenge vi befinner oss på EØS-avtalens kjerneområde, vil relevanskriteriet neppe være noe problem. Sejersted skriver imidlertid at «[t]he test of art 6 will have to come, and this will happen when the judge-made «fundamental principles» of Community law are raised in the EEA context.»¹³⁰ Fellesskapsrettens vern om fundamentale rettigheter inngår som kjent i disse prinsippene. Spørsmålet i relasjon til relevanskriteriet i artikkel 6 vil derfor være i hvilken grad det EF-rettslige rettighetsvernet er utslag av systemets «overnasjonalitet» eller integrasjonsmålsetning.

¹²⁹ Slik også Arnesen i Sejersted...[et al.], *EØS-rett*, 1995 s. 164 og Bull i LoR 1992 s. 583, på s. 595.

¹³⁰ Sejersted, *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context*, s. 54.

8.5 Er fellesskapsrettens menneskerettighetsvern «relevant» i EØS?

8.5.1 Er fellesskapsrettens vern om fundamentale rettigheter et utslag av EF-samarbeidets integrasjonsformål og «overnasjonale» karakter?

Utviklingen av det fellesskapsrettslige vernet om fundamentale rettigheter har som nevnt hovedsakelig skjedd gjennom EF-domstolens praksis. Under vurderingen av i hvilken grad EF-rettens menneskerettighetsbeskyttelse er et utslag av de «overnasjonale» og «integrerende» aspektene ved rettssystemet, er det derfor sentralt å se på hva som var domstolens opprinnelige beveggrunner for å innta et slikt rettighetsvern i EF-retten.

Som vist ovenfor i X, ble doktrinen om fellesskapets beskyttelse av fundamentale rettigheter innført fordi medlemslandenes domstoler, og særlig den tyske *Bundesverfassungsgericht*, ellers ikke ville gi EF-retten forrang fremfor sine nasjonale forfatningsmessige rettighetskataloger. Konflikten kunne bare løses ved at tilsvarende rettigheter ble gitt beskyttelse i EF-systemet, slik at medlemslandene ikke lenger hadde grunn til å påberope seg mangelen. Det er derfor tradisjonelt antatt at den ulovfestede fellesskapsrettslige «rettighetskatalogen» oppsto fordi EF-domstolen ønsket å verne om prinsippene om EF-rettens forrang og direkte virkning: I juridisk litteratur taler man om en «defensiv bruk» av fundamentale rettigheter.

Vi ser dermed at den fellesskapsrettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter i utgangspunktet fungerte som en *avgrensning* av EF-rettens overnasjonalitet, i motsetning til å være et utslag av denne. Man kan si at medlemsstatene gjennom sin holdning «presset» EF-domstolen til å begrense fellesskapsrettens gjennomslagskraft, ved å gjøre den til gjenstand for en prøving i forhold til fundamentale rettighetsgarantier.

Etter hvert har det imidlertid også grodd frem enkelte «overnasjonale» elementer i det EF-rettslige rettighetsvernet. Mens det opprinnelig kun var tale om å legge begrensninger på fellesskapsinstitusjonenes handlinger, ved å vurdere disses forenlighet med grunnleggende rettigheter, utviklet EF-domstolen fra rundt midten av 1980-årene et prinsipp om at også *medlemsstatene* må overholde fellesskapets fundamentale rettigheter når de handler innenfor EF-rettens anvendelsesområde. Særlig kontroversielt var det at prinsippet også ble ansett å omfatte statenes derogasjoner. Jeg viser til behandlingen av dette i 4.2.2. Beskyttelsen av menneskerettighetene hører etter tradisjonell folkerett hjemme i de enkelte lands interne rett.¹³¹ Siden derogasjoner vil være begrunnet i et

¹³¹ Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. Oslo, 1998, s. 177-181. Jeg tar her forbehold for de menneskerettighetene som må antas å være folkerettslig sedvanerett, og følgelig bindende for alle stater (*jus cogens*).

tungtveiende nasjonalt hensyn, innebærer imidlertid EF-domstolens praksis at også den – i tillegg til nasjonale domstoler (og eventuelt Menneskerettighetsdomstolen) - har myndighet til å overprøve forenligheten med fundamentale rettigheter av medlemslandenes interne politikk. Medlemsstatene er pliktige til å følge EF-domstolens avgjørelser, og prinsippet om en «menneskerettighetsprøving» av derogasjonsbegrunnelsene medfører dermed et solid innhugg i statenes suverenitet. Slik sett kan denne siden av det fellesskapsrettslige rettighetsvernet sies å være del av fellesskapsrettens «overnasjonale» karakter. Jeg kommer nærmere tilbake til dette nedenfor i 9.4.5.

Når det gjelder menneskerettighetsvernets forhold til EUs integrasjonsmålsetning, er det verdt å merke seg at denne har vokst frem etter hvert. Som nevnt ovenfor var det først ved EU-traktaten av 7. februar 1992 at integrasjonstanken fikk et klart traktatmessig uttrykk, gjennom formålsbestemmelsen i artikkel 1 om en «stadig nærmere sammenslutning» mellom Europas folk, og gjennom blant annet bestemmelsene om unionsborgerskap og en felles utenriks- og sikkerhetspolitikk. Også den fellesskapsrettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter har utviklet seg gradvis, men en noenlunde endelig utforming av det prinsippet som anvendes i dag fant sted ved avgjørelsen i *Hoechst AG vs. Kommisjonen* fra 1989:¹³² Her ble det for første gang uttalt at EMK har en «særlig betydning» ved den nærmere fastleggelsen av fellesskapets uskrevne «rettighetskatalog». De fundamentale rettighetenes betydning som del av EF-rettens alminnelige rettsprinsipper ble imidlertid fastslått allerede i 1970, ved dommen i *Internationale Handelsgesellschaft*.¹³³

Selv om også EF-samarbeidet som vist ovenfor inneholdt visse ideer om en europeisk «nærmere sammenslutning», kan det etter dette stilles spørsmål ved i hvor stor grad fellesskapsrettens menneskerettighetsvern er et utslag av unionens integrasjonsmålsetning. Som vist ovenfor var det jo heller ingen klar «integrasjonstankegang» som lå bak EF-domstolens innføring av prinsippet. På den annen side kan det imidlertid påpekes at domstolen hadde et behov for å legitimere sin stadige utvikling av fellesskapsretten, da særlig prinsippene om forrang og direkte virkning, overfor medlemsstatene, og at innføringen av en ulovfestet EF-rettslig «rettighetskatalog» var en løsning i så måte. Med tanke på den retningen som nettopp integrasjonsmålsetningen har medført at fellesskapsretten senere har tatt, er dette legitimasjonsbehovet fortsatt – og trolig enda sterkere – til stede, både overfor medlemsstatene og omverdenen ellers. Beskyttelse av fundamentale rettigheter er i denne

¹³² Forente saker 46/87 og 227/88, *Hoechst AG vs. Kommisjonen*, Domssaml. 1989 s. 2859.

¹³³ Sak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Domssaml. 1970 s. 1125.

sammenheng et svært viktig poeng: Ideen om at alle individer har visse grunnleggende rettigheter og friheter som staten ikke kan gripe inn i, er i dag et krav som stilles til ethvert demokratisk samfunn. Vi kan for eksempel tenke oss at EUs felles utenriks- og sikkerhetspolitikk, som blant annet åpner for å vedta bestemmelser om terrorisme, ville fått lite aksept dersom den ikke inneholdt en garanti for at enkeltindividers fundamentale rettigheter blir respektert. En slik tankegang utgjør også noe av bakgrunnen for at EUs Charter for fundamentale rettigheter er inntatt som del av den nye forfatningstraktaten, og for at denne uttrykker at unionen skal tiltre EMK. Anvendt på denne måten – som en legitimering av de ulike tiltakene som fremmer målet om en «stadig nærmere» europeisk sammenslutning - kan det EU-rettslige rettighetsvernet også sies å være utslag av unionens videre integrasjonsmålsetning.

Vi ser altså at den fellesskapsrettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter delvis, men ikke fullstendig, er et utslag av EF-samarbeidets integrasjonsformål og «overnasjonale» karakter. Spørsmålet blir så om denne «delvisheten» likevel er nok til å erklære EF-domstolens rettspraksis angående slike rettigheter «urelevant» i henhold til EØS-avtalens artikkel 6.

8.5.2 Følger for EØS

Mangeårig generaladvokat i EF-domstolen, Walter van Gerven, uttalte i 1993 at «[s]tripping Community law of its general principles amounts to taking its heart. An EEA legal system that would not encompass such general principles would therefore be a legal system that is not at all homogeneous with Community law.»¹³⁴ Uttalelsen har overføringsverdi til spørsmålet om fundamentale rettigheter er del av EØS-avtalen, siden disse inngår nettopp i de nevnte alminnelige prinsippene. Det kan imidlertid nevnes at uttalelsen inngår i en artikkel som omhandler EF-rettens prinsipper om forrang og direkte virkning, og at forfatterens iver etter å påvise at disse er del av EØS-avtalen kan ha påvirket hans valg av ord. Artikkelen sier ikke noe spesifikt om det fellesskapsrettslige rettighetsvernets forhold til EØS, men det er ikke til å komme fra at den generelle formuleringen ved sin ordlyd omfatter også dette.

Som allerede nevnt var også det svenske EØS-utvalget av den oppfatning at EØS-avtalens artikkel 6 medfører at EF-domstolens praksis angående fundamentale rettigheter «(...) förs (...) över på EES-området.» Svenske domstoler måtte derfor «(...) tolka EES-regler med utgångspunkt från de relevanta avgöranden vari EG-domstolen tillämpat de principer som [EMK] ger uttryck för.»¹³⁵ På denne bakgrunn uttaler Bernitz at det

¹³⁴ van Gerven, Walter. *The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect*. I: Fordham International Law Journal 1992-1993 s. 955, på s. 972-973.

¹³⁵ 1992/93:EU 1 s. 172.

fellesskapsrettslige prinsippet om beskyttelse av fundamentale rettigheter trolig er del av EØS-avtalen, skjønt han understreker at rettskildegrunnlaget er noe spinkelt.¹³⁶ Også Kälén hevder at relevanskriteriet i artikkel 6 omfatter menneskerettighetsvernet;¹³⁷ det samme gjør Carl Baudenbacher, president i EFTA-domstolen.¹³⁸ Sejersted skriver til og med at «(...) there are no evident reasons why the Agreement should not take into account the human rights existing in Community law.»¹³⁹

En slik grunn kan imidlertid etter min mening nettopp ligge i det at fellesskapsrettens vern om fundamentale rettigheter som vist ovenfor til en viss grad er utslag av EF-samarbeidets integrasjonsformål og «overnasjonale» karakter. I avsnitt X kom jeg til at en slik bakgrunn kan være grunn til å anse et ulovfestet EF-rettslig prinsipp som mindre «relevant» etter artikkel 6. Problemet er imidlertid at rettighetsvernet også inneholder elementer som *ikke* er begrunnet i disse «EØS-urelevante» trekkene. Innebærer dette at prinsippet likevel må anses for å være del av EØS-avtalen?

I den grad fundamentale rettigheter utgjør en *avgrensning* av fellesskapsrettens overnasjonalitet, er det klart nok heller ikke noe problem å innta dem i EØS-konstruksjonen. Et slikt «forsvar» mot overnasjonale aspekter er i tråd med EFTA-statenes forutsetning om å avstå mindre suverenitet enn det som er vanlig ved et EU-medlemskap. Dette innebærer at EF-rettighetsvernets funksjon som en bremse på fellesskapsinstitusjonenes handlinger også bør kunne innlemmes i EØS-avtalen, da som en begrensning av EFTAs overvåkningsorgans og for så vidt også EFTA-domstolens handlefrihet. For overvåkningsorganets vedkommende vil dette innebære at EFTA-domstolen kan inkludere fundamentale rettigheter i kontrolladgangen under EØS-avtalens artikkel 36.

EF-menneskerettighetsvernets rolle som en grense for hva *medlemsstatene* kan foreta seg, er derimot som vist et uttrykk for fellesskapsrettens «overnasjonalitet». Denne delen av fellesskapets rettighetsbeskyttelse kan derfor skape problemer i forhold til EØS-avtalens folkerettslige karakter og EFTA-statenes suverenitet. Dette kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor i 9.4, der vi også skal se at det i denne henseende gjør seg gjeldende enkelte forskjeller mellom de to formene for medlemsstatsoverprøving. De største problemene reiser seg trolig med hensyn til «menneskerettighetskontrollen» med medlemslandenes – i vår sammenheng EFTA-statenes – derogasjonsbegrunnelser.

¹³⁶ Bernitz, Ulf. *Om EES-avtalet. Bakgrund, utformning och tolkning*. I: EES-avtalet i svensk rätt. Ulf Bernitz...[et al.]. Stockholm, 1993, s. 7, på s. 27.

¹³⁷ Kälén s. 347-348.

¹³⁸ Baudenbacher, Carl. *The EFTA Court and the European Court*. I: Müller-Graff, Peter-Christian og Selvig, Erling (red.). EEA-EU Relations. [Berlin] 1999, s. 69, på s. 72-73.

¹³⁹ Sejersted, *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context*, s. 56.

Når det gjelder menneskerettighetsvernet som utslag av EUs integrasjonsmålsetning, er spørsmålet først og fremst om EØS-systemet trenger den ekstra legitimiteten som en slik ulovfestet «rettighetskatalog» kan gi. Som vist ovenfor har innføringen av fundamentale rettighetsgarantier i EU vært nødvendig for å legitimere den kontinuerlige utviklingen i retning av en «stadig nærmere sammenslutning» mellom de europeiske folk.

Men hensyn til de områdene av EU-samarbeidet som ikke er omfattet av EØS-avtalen, er det klart at EØS-systemet ikke trenger noen slik legitimitet. Enkelte av disse områdene er nettopp slike der man lett kan tenke seg at menneskerettighetsspørsmål kan oppstå: Jeg viser her spesielt til den felles utenriks- og sikkerhetspolitikken og politi- og straffesakssamarbeidet. Også unionsborgerskapet har nære bånd til både sivile og politiske og sosiale og økonomiske rettigheter. Som vist ovenfor er det også disse samarbeidsfeltene som først og fremst, om enn ikke utelukkende, er knyttet til EUs «EØS-urelevante» integrasjonsmålsetning.

Som vi så i X, har det imidlertid vist seg at også utøvelsen av EF-traktatens økonomiske friheter i enkelte tilfeller kan skape problemer i forhold til fundamentale rettigheter. Siden EØS-avtalen har overtatt den alt overveiende del av EF-bestemmelsene om de fire friheter og fri konkurranse, vil dermed også EØS-systemet - ved anvendelsen av disse bestemmelsene - kunne få behov for den samme type legitimitet som EU-samarbeidet. Dette medfører at det kan være grunn til å anse den delen av EF-domstolens menneskerettighetspraksis som er tilknyttet regelverket om det indre markedet som «relevant» i henhold til EØS-avtalens artikkel 6.

Denne siste betraktningen viser at i den grad innholdet av en EF-bestemmelse angående det indre markedet er presisert eller modifisert av EF-domstolen på grunn av en fundamental rettighet, bør den korresponderende EØS-bestemmelsen tolkes på samme måte. Slike avgjørelser fra EF-domstolen bør med andre ord anses som «relevante» i henhold til artikkel 6, og dermed falle inn under den tolkningsplikten bestemmelsen oppstiller. En motsatt løsning ville også være vanskelig forenlig med EØS-avtalens målsetning om et «dynamisk og ensartet» samarbeidsområde, jf. fortalens avsnitt 5 og avtalens artikkel 1: Dersom man i EØS ikke skulle anvende de aktuelle bestemmelsene med de begrensningene som EF-domstolen på grunn av det fellesskapsrettslige rettighetsvernet har fastslått at de må tillegges, ville EFTA-tilknyttede personer som benyttet seg av sine rettigheter under en av de fire friheter få en annen rettsstilling enn tilsvarende aktører tilknyttet et EU-land.

Vi ser altså at enkelte deler av det EF-rettslige prinsippet om vern av fundamentale rettigheter kan anses som «relevant» i henhold til EØS-avtalens artikkel 6. Visse komponenter skaper imidlertid også problemer, særlig hensett til deres «overnasjonale» karakter.

I *Ásgeirsson*-avgjørelsen uttrykte EFTA-domstolen, ved å slå fast at EØS- og ODA-avtalens bestemmelser skal tolkes i lys av fundamentale rettigheter, og at EMK samt Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i denne sammenheng er «viktige kilder», et syn på forholdet mellom EØS-retten og menneskerettighetene som i det store og hele tilsvarende situasjonen i EF. I forlengelsen av drøftelsen av relevanskriteriet i EØS-avtalens artikkel 6 er det derfor naturlig å spørre hva som var bakgrunnen for domstolens holdning: La den avgjørende vekt på EØS-samarbeidets homogenitetsmålsetning, særlig representert ved avtalens artikkel 6, eller kan vi også finne andre begrunnelser for inkluderingen av et slikt prinsipp? Dette vil jeg søke å finne svar på i det følgende avsnittet.

8.6 EFTA-domstolens vekt på homogenitetsmålsetningen

I tillegg til å se hen til den fellesskapsrettslige doktrinen om beskyttelse av fundamentale rettigheter, og legge til grunn at EØS-avtalens homogenitetsmålsetning tilsier at et tilsvarende prinsipp må gjelde i EØS, kan vi tenke oss i hvert fall en annen argumentasjonsrekke som EFTA-domstolen kan ha benyttet seg av. Domstolen kan ha anvendt en innfallsvinkel mer på linje med den som ble anlagt i *Sveinbjörnsdóttir*-saken: Ved avgjørelsen av om EØS-avtalen, på samme måte som EF-retten, inneholder et ulovfestet prinsipp om statlig erstatningsansvar for manglende nasjonal gjennomføring av direktiver, la EFTA-domstolen som nevnt her vekt på at EØS-avtalen er en internasjonal traktat *sui generis* som inneholder en egen, særpreget rettsorden. Når domstolen valgte å konstruere et slikt prinsipp også innenfor EØS-samarbeidets rammer, nevnte den ingenting om den underliggende EF-rettslige doktrinen og en eventuell plikt etter EØS-avtalens artikkel 6 til å ta hensyn til denne – skjønt den fremhevet hensynet til rettshomogenitet – men utledet i stedet erstatningsprinsippet fra EØS-rettens egne kilder, det vil si avtalens ordlyd, struktur og formål.¹⁴⁰ En liknende argumentasjonsmetode kan tenkes også med hensyn til innføringen av et vern om fundamentale rettigheter i EØS-avtalen, for eksempel med henvisning til fortalens 2. ledd. Mens en vektlegging av homogenitetsmålsetningen skulle tilsi at EFTA-domstolen la seg på linje med EF-domstolen i menneskerettighetsspørsmål, ville en anvendelse av «*Sveinbjörnsdóttir*-metoden» kunne tenkes å åpne for en mer selvstendig menneskerettslig «EØS-linje».

Ásgeirsson-avgjørelsen selv inneholder ingen nærmere drøftelser av hva som utgjør bakgrunnen for den EØS-rettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter. I forbindelse med uttalelsen om at EØS- og ODA-avtalens bestemmelser skal tolkes i lys av slike

¹⁴⁰ Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir vs. Island*, Reports of the EFTA Court 1998 s. 95, premiss 49-63, særlig premiss 59-60.

rettigheter sier imidlertid EFTA-domstolen at dette er noe den «(...) has found on earlier occasions (...)» Deretter viser den til avgjørelsene i *TV 1000 mot Norge* og *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona*. Disse henvisningene tyder på at domstolen anser prinsippet som allerede fastslått, og det er derfor grunn til å se på hva disse tidligere avgjørelsene kan si om bakgrunnen for eksistensen av EØS-avtalens menneskerettighetsvern.

I *TV 1000-saken*¹⁴¹ viste EFTA-domstolen for første gang til menneskerettighetene, og det i form av en henvisning til Menneskerettighetsdomstolens dom i *Handyside vs. Storbritannia*.¹⁴² For en gjennomgang av saksforholdet i *TV 1000*, se ovenfor i X. EFTA-domstolen anvendte her Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse som en *kilde* til å fastlegge EØS-rettens innhold, i form av et spørsmål om i hvilken grad det gjelder en felles europeisk standard for hva som bør forbys i henhold til den «offentlige moral.» Fremgangsmåten minner i så måte mye om EF-domstolens når den tolker fellesskapsretten på bakgrunn av fundamentale rettigheter. Et ønske om å ivareta rettslikheten med EF-retten kan også leses ut av at EFTA-domstolen umiddelbart etter at den nevnte Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i *Handyside*, viste til at tilnærmingen i denne dommen «(...) har blitt bekreftet av EF-domstolen (...)»¹⁴³ Dette kan tyde på at Strasbourg-rettspraksis ikke har noen autoritet i seg selv i EØS, men derimot «avleder» sin relevans fra EF-domstolens gjengivelse av en tilsvarende regel.

På den annen side viste EFTA-domstolen *primært* til Menneskerettighetsdomstolen, ikke EF-domstolen. Henvisningen til Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse markerer også en viss forskjell fra EF-domstolens «standardformulering», der praksis fra EMD ikke er tillagt noen uttrykkelig kildemessig relevans. Hvilken praktisk betydning en slik formuleringsulikhet har, er imidlertid uklart – jeg viser her til drøftelsen av dette ovenfor i 7.4.4.

TV 1000-avgjørelsen gir etter dette grunnlag for argumenter både for at EFTA-domstolen legger avgjørende vekt på homogenitetsmålsetningen, og derfor følger EF-domstolens linje i menneskerettighetsspørsmål, og i retning av at den i hvert fall holder døren åpen for å legge til grunn en mer selvstendig innfallsvinkel. Uten noen nærmere prinsipiell drøftelse av fundamentale rettigheters stilling i EØS, er det imidlertid vanskelig å trekke ut noen sikre holdepunkter av avgjørelsens premisser. Med tanke på at dette var første gang EFTA-domstolen fikk servert en mulighet til å si noe om menneskerettighetenes, og da særlig EMKs, status under EØS-avtalen, fremstår det som litt merkelig at den ikke i større grad gikk inn på dette – den var selvfølgelig klar over den

¹⁴¹ Sak E-8/97, *TV 1000 Sverige AB mot Norge*.

¹⁴² *Handyside vs. Storbritannia*, no. 5493/72, Serie A vol. 24.

¹⁴³ Dommens premiss 26.

store interessen det tilsvarende spørsmålet hadde vakt på EF-rettens område. På den annen side var vel ikke *TV 1000*-saken særlig godt egnet til å foreta en slik mer prinsipiell drøftelse, siden menneskerettighetsspørsmål ikke sto spesielt sentralt i saksforholdet.

Heller ikke *Bellona*-saken¹⁴⁴ inneholder noen prinsipielle drøftelser av hva som eventuelt skulle utgjøre bakgrunnen for å innlemme et menneskerettighetsvern i EØS-systemet. Avgjørelsen gir likevel noe veiledning angående EFTA-domstolens vektlegging av homogenitetsmålsetningen. EFTA-domstolen ble her invitert til å legge til grunn en videre og mer fleksibel forståelse av *locus standi*-kriteriet enn det som var den gjeldende oppfatning i EF-retten, blant annet på bakgrunn av at en slik videre tolkning ville være mer i overensstemmelse med EMKs artikler 6 og 13, samt artikkel 47 i EUs Charter for fundamentale rettigheter. Det nærmere saksforholdet er beskrevet ovenfor i 7.3.

Dersom EFTA-domstolen her – på bakgrunn av de påberopte fundamentale rettighetene – hadde bestemt seg for å følge oppfordringen om å legge til grunn en videre tolkning av *privates* søksmålsadgang enn det EF-domstolen så langt hadde vist seg villig til å gjøre, ville menneskerettighetene ha stått *sterkere* i EØS enn i EF. Domstolen hadde med andre ord en gylden mulighet til å legge an en selvstendig linje i menneskerettighetsspørsmål, hvis den anså det som ønskelig. Videre hadde den også mulighet til å klargjøre den EØS-rettslige relevansen av EUs menneskerettighetscharter, som i hvert fall til en viss grad kan anses for å være utslag av unionens videre integrasjonsmålsetning.

EFTA-domstolen bestemte seg imidlertid for ikke å følge saksøkernes oppfordring om et mer fleksibelt *locus standi*-kriterium i EØS-retten. Riktignok uttalte domstolen at den var klar over den pågående debatten angående *privates* søksmålsadgang overfor EF-institusjonenes handlinger, og at «[t]he idea of human rights inspires this development, and reinforces calls for widening the avenues of access to justice.»¹⁴⁵ Slik sett kan EFTA-domstolen forstås dit hen at den stiller seg tvilende til forenligheten med fundamentale rettigheter av fellesskapsrettens regler på området. Likevel inntok domstolen en forsiktig holdning: Den uttalte at varsomhet «(...) nevertheless (...) is warranted, not least in view of the uncertainties inherent in the current refashioning of fundamental Community law.»¹⁴⁶ Med andre ord var EFTA-domstolen seg tydelig bevisst de fundamentale rettighetenes vekt, men ønsket å avvende utviklingen i fellesskapsretten før den avgjorde hvilken linje den selv skulle legge seg på.

Vi ser dermed at EFTA-domstolen i *Bellona* – i hvert fall foreløpig – la avgjørende vekt på hensynet til homogenitet mellom EØS- og EF-retten. Hadde det ikke vært nettopp for

¹⁴⁴ Sak E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona vs. EFTA Surveillance Authority*.

¹⁴⁵ Dommens premiss 37.

¹⁴⁶ Dommens premiss 37.

denne målsetningen om rettslikhet, er det ikke umulig at domstolen hadde fulgt invitasjonen til å utvide *locus standi*-begrepet i lys av menneskerettighetene. Det er imidlertid også grunn til å merke seg at domstolen ikke fullstendig «stengte døren» for en mulig fremtidig forskjell i EØS-rettens og EF-rettens menneskerettighetsvern: Mye av grunnen til *Bellona*-avgjørelsens avventende holdning lå ifølge domstolen i de usikkerhetene som den pågående reformen av «fundamental Community law» medførte. Hva domstolen mente med «fundamental» EF-rett er ikke helt klart, men på bakgrunn av saksøkernes henvisning til bestemmelsen i Charterets artikkel 47 om adgang til effektive rettsmidler, er det vel grunn til å tro at det ble siktet til nettopp grunnrettighetscharteret og dettes inklusjon i den nye forfatningen for Europa. Dette kan tyde på at EFTA-domstolen hadde i bakhodet mulige vanskeligheter for forholdet mellom EU og EØS som et bindende Charter kunne medføre, men foreløpig ikke anså det nødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet.

Også i *Ásgeirsson* la EFTA-domstolen, både med hensyn til formuleringen om fundamentale rettigheters tolkningsmessige betydning og EMKs kildemessige viktighet, seg på linje med EF-domstolens holdning i tilsvarende saker innen fellesskapsretten (se om dette ovenfor i X). Selv om verken denne eller de to øvrige menneskerettighetsavgjørelsene inneholder prinsipielle drøftelser av bakgrunnen for å innføre en slik type rettighetsvern i EØS-systemet, har vi derfor holdepunkter for å hevde at EFTA-domstolen – i hvert fall på fellesskapsrettens nåværende utviklingstrinn – legger vekt på å oppnå en størst mulig grad av homogenitet mellom EØS- og EF-retten også på området for beskyttelse av fundamentale rettigheter. Særlig *Bellona*-avgjørelsen støtter opp om et slikt synspunkt. Hva som vil skje dersom EUs forfatningstraktat – i sin nåværende form – skulle tre i kraft, og Charteret for fundamentale rettigheter dermed få bindende status, er foreløpig uklart. Et beslektet spørsmål er betydningen for EØS av at EU skulle tiltre EMK, jf. forfatningstraktatens artikkel I-9 nr. 2. Dette vil jeg komme noe tilbake til avslutningsvis i kapittel 14.

8.7 Presisering av den videre problemstilling

EFTA-domstolens unnlattelse av å foreta noen prinsipielle drøftelser innebærer imidlertid at den gir liten veiledning for hvor langt homogenitetsmålsetningen rekker på dette området. Drøftelsen ovenfor i X av i hvilken grad EFs menneskerettighetsvern er et utslag av fellesskapsrettens «overnasjonale» karakter viste at det i EØS-sammenheng særlig kan oppstå problemer i forhold til omfanget av dette rettighetsvernet, spesielt EF-domstolens stadfestelse av at dens «menneskerettighetskontroll» også omfatter medlemsstatenes EF-rettslige handlinger. Skal homogenitetsprinsippet like fullt få gjennomslag?

Etter dette kan utgangspunktet for de videre drøftelser presiseres på følgende måte: Problemet i EØS-sammenheng knytter seg ikke i første rekke til hvorvidt man skal legge

til grunn den «menneskerettighetstolkningen» som EF-domstolen har tillagt korresponderende bestemmelser i fellesskapsretten, hva enten det er tale om traktatregler eller sekundærrettsakter. En unnlatelse av å gjøre dette ville som nevnt ovenfor kunne føre til heller merkelige resultater. Også EFTA-domstolens avgjørelser i *Ásgeirsson*, *Bellona* og *TV 1000*, der spørsmålet om fundamentale rettigheter i alle tre tilfellene var knyttet til bestemmelser i EØS-avtalen, og domstolen tydelig vektla hensynet til homogenitet, støtter opp om dette.

Hovedspørsmålet i EØS-sammenheng er slik jeg ser det hvorvidt beskyttelsen av fundamentale rettigheter i EØS skal være like utstrakt, det vil si omfatte de samme situasjoner, som i EU-retten. Som vist ovenfor er det mer EU-systemets «overnasjonale» karakter enn integrasjonsmålsetning som skaper problemer i vår sammenheng, og denne «overnasjonaliteten» er hva menneskerettighetsvernet angår særlig knyttet til EF-domstolens prøving av om medlemslandenes fellesskapsrettslige handlinger er forenlige med fundamentale rettigheter. Mer eksplisitt er spørsmålet derfor om EFTA-domstolen skal ha en tilsvarende kompetanse til å prøve forenligheten med fundamentale rettigheter av EFTA-statenes EØS-relaterte handlinger.

9 Omfanget av EØS-avtalens vern om fundamentale rettigheter

9.1 Innledning

Temaet i dette kapitlet er altså hvor langt den EØS-rettslige beskyttelsen av fundamentale rettigheter strekker seg. Med andre ord er spørsmålet hvilke – og hvem sine – handlinger EFTA-domstolen har kompetanse til å prøve forenligheten med slike rettigheter av.

EF-domstolens menneskerettighetskontroll omfatter for det første fellesskapsinstitusjonenes handlinger. Domstolen kontrollerer både at den sekundærlovgivningen som vedtas er forenlig med fundamentale rettigheter, og at institusjonene respekterer disse rettighetene når de utøver sin myndighet forøvrig. Særlig aktuell i denne sammenheng er Kommisjonens til dels vidtrekkende kompetanse overfor private ved håndhevelsen av EFs konkurranseregler. Både sekundærrettsakter og andre vedtak som krenker grunnleggende rettigheter kan settes til side som ugyldige. Jeg viser her til behandlingen av dette ovenfor i 4.1.

For det andre utøver EF-domstolen i visse tilfeller kontroll med at medlemsstatene overholder fundamentale rettigheter. Denne kontrolladgangen gjelder så lenge statene handler på det domstolen har definert som «fellesskapsrettens område». Etter fast rettspraksis innebærer dette at EF-domstolen for det første prøver om medlemslandenes nasjonale gjennomføring og håndhevelse av fellesskapsretten er i overensstemmelse med de beskyttede rettighetene, og for det andre om statenes derogasjonsbegrunnelser – det vil si deres påberopelse av et viktig nasjonalt hensyn som grunn til å gjøre inngrep i EF-rettens friheter – kan anses som forenlige med de samme menneskerettighetene. Dersom EF-domstolen her finner at det foreligger et brudd på en fundamental rettighet, står man også overfor et brudd på fellesskapsretten fra den aktuelle medlemsstatens side. Temaet er behandlet nærmere ovenfor i 4.2.

I det følgende vil jeg ta for meg hver enkelt av disse fellesskapsrettslige kontrollsituasjonene, og vurdere hvorvidt en tilsvarende kontrollmulighet eksisterer – eller bør eksistere – i EØS. Siden EFTA-domstolen i *Ásgeirsson*-saken kom med sin til nå mest eksplisitte uttalelse om fundamentale rettigheters, herunder EMKs, stilling i EØS-retten, er det naturlig å forankre drøftelsene i denne avgjørelsen. Formuleringene i *Bellona* og *TV 1000* kan eventuelt fungere som et supplerende tolkningsredskap.

I den grad EFTA-domstolens rettspraksis ikke gir noen videre holdepunkter for å avgjøre hvorvidt en bestemt kontrollsituasjon faller inn under EØS-avtalen, må vi falle

tilbake på homogenitetsmålsetningen og vurderingen av om de aktuelle avgjørelsene fra EF-domstolen er «relevante» i henhold til EØS-avtalens artikkel 6. Behandlingen av relevanskriteriet ovenfor i X, kombinert med EFTA-domstolens vektlegging av homogenitetsmålsetningen i *Ásgeirsson*-, *Bellona*- og *TV 1000*-sakene, danner derfor bakteppet også for de videre drøftelsene. Som vi skal se, vil løsningen på de uavklarte spørsmålene bero på en avveining av hensynet til rettslikhet på den ene siden, og – som en følge av EØS-avtalens folkerettslige karakter - hensynet til EFTA-statenes suverenitet på den annen. Disse momentene vil jeg også bruke til å vurdere hensiktsmessigheten av de standpunktene EFTA-domstolen har inntatt.

Som nevnt ovenfor har de fleste forfatterne som til nå har behandlet spørsmålet om fundamentale rettigheters stilling i EØS, konkludert med at EØS-avtalens artikkel 6 medfører at det EF-rettslige rettighetsvernsprinsippet også er del av EØS-avtalen.¹⁴⁷ Jeg kan imidlertid ikke se at disse forfatterne har behandlet problemstillingen i forhold til hver enkelt kontrollsituasjon innen EF-retten. En slik drøftelse vil slik jeg ser det gi grunnlag for et noe mer nyansert syn, og i så henseende er min analyse mer på linje med Karin Fløistads bidrag til diskusjonen, som også skiller mellom de ulike situasjonene.¹⁴⁸

9.2 Kontroll med EØS- og EFTA-organenes handlinger?

9.2.1 «Kontroll» med EØS-regelverket?

Som vi så ovenfor i avsnitt X, har EFTA-domstolen stilt opp en *tolkningsregel* om at EØS-rettslige bestemmelser av både primær og sekundær art skal forstås i overensstemmelse med fundamentale rettigheter. Slik sett utøver domstolen også en form for «kontroll» med at EØS-retten er forenlig med menneskerettighetene, i den forstand at den utdyper og presiserer bestemmelsenes innhold i lys av rettighetene. Dette ble jo resultatet både i *Ásgeirsson* og *TV 1000*, og også i *Bellona* var det spørsmål om en eventuelt videre tolkning av *locus standi*-kriteriet i EØS-avtalens artikkel 36, 2. ledd i lys av menneskerettighetene. Det at EFTA-domstolen i den sistnevnte avgjørelsen ønsket å utvise en viss forsiktighet på grunn av situasjonen i EF-retten er i denne sammenheng uten betydning.

¹⁴⁷ Se Bernitz, *Om EES-avtalet. Bakgrund, utformning och tolkning*, s. 27, Kälin, *The EEA Agreement and the European Convention for the Protection of Human Rights*, s. 347-348, Baudenbacher, *The EFTA Court and the European Court*, s. 72-73, Falch, *Menneskerettigheter og EU/EØS*, s. 463 og Sejersted, *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context*, s. 56.

¹⁴⁸ Se Fløistad, Karin. *Fundamental Rights and the EEA Agreement*. ARENA Report No 1/2004.

Dersom vi sammenlikner EFTA-domstolens uttalelse i *Ásgeirsson* med den «standardformuleringen» angående fellesskapsrettens beskyttelse av fundamentale rettigheter som EF-domstolen benytter seg av, ser vi imidlertid at det her eksisterer visse forskjeller. Mens EFTA-domstolen sier at EØS- og ODA-avtalens bestemmelser skal «tolkes i lys av» fundamentale rettigheter, har EF-domstolen fastslått at «(...) fundamental rights form an integral part of the general principles of law *the observance of which the Court ensures* (...)». (min uth.) EF-domstolens formulering har slik et mer absolutt preg enn EFTA-domstolens: En forpliktelse til å «tolke i lys av» fremstår som mer forsiktig enn en plikt til å «sikre» fundamentale rettigheter.

Spørsmålet blir så hva som er bakgrunnen for denne formuleringsforskjellen. Dette bringer oss over i det som er hovedproblemet angående EFTA-domstolens «menneskerettighetskontroll» med EØS-regelverket, nemlig hva som vil være *konsekvensen* av at en EØS-regel krenker fundamentale rettigheter. Som vi skal se, vil det her gjøre seg gjeldende til dels markante forskjeller mellom EØS- og EF-systemet. Dette gjør det igjen kunstig å tale om noen egentlig «lovgivningskontroll» i EØS.

9.2.2 Konsekvensene av en EØS-regels brudd på fundamentale rettigheter

Ved besvarelsen av dette spørsmålet er det hensiktsmessig å skille mellom primær- og sekundærrett. Når det gjelder *primærretten*, det vil si bestemmelsene inntatt i henholdsvis EØS-avtalens hoveddel samt ODA-avtalen og EF-traktaten, vil rettsstillingen trolig være mye den samme i EØS som i fellesskapet. Som en naturlig konsekvens av at traktatenes innhold er vedtatt og ratifisert av statene som suverene folkerettssubjekter, har verken EF-domstolen eller EFTA-domstolen kompetanse til å sette til side bestemmelsene inntatt direkte i disse. Domstolene har kun adgang til å kontrollere at tolkningen og anvendelsen av traktatbestemmelsene på deres respektive områder er korrekt. Dersom selve primærretten skal endres eller settes til side, må dette skje ved traktendringer godkjent av samtlige avtaleparter.

For både EFTA-domstolens og EF-domstolens vedkommende må etter dette myndigheten til å kontrollere at primærretten er i overensstemmelse med fundamentale rettigheter, innebære en adgang til å utdype og presisere traktatbestemmelsenes innhold på en slik måte at de ikke krenker grunnrettighetene. I den grad bestemmelsenes ordlyd gir rom for flere ulike tolkninger, skal altså den forståelsen som er mest i samsvar med de beskyttede menneskerettighetene legges til grunn.

Når det gjelder *sekundærretten*, altså rettsakter vedtatt av fellesskapsinstitusjonene og besluttet innlemmet i EØS-avtalens vedlegg, står vi derimot overfor en markant forskjell mellom EF-domstolens og EFTA-domstolens kompetanse.

Ulikheten har sin bakgrunn i at det i EF foregår en omfattende lovgivningsaktivitet. På basis av forholdsvis vidtgående kompetansehjemler vedtar fellesskapsinstitusjonene forordninger og direktiver innenfor de områdene som EF-samarbeidet dekker. Denne sekundærlovgivningen er så EF-domstolen gitt myndighet til å overprøve lovligheten av, jf. EF-traktatens artikkel 230: I henhold til bestemmelsens 2. ledd kan domstolen avgjøre innsigelser reist mot rettsaktene på grunnlag av «(...) manglende kompetanse, vesentlige saksbehandlingsfeil, brudd på [EF-traktaten] eller på rettsregler som gjelder anvendelsen av den, eller av myndighetsmisbruk.» Finner domstolen at saksøkeren må gis medhold, skal den kjenne den aktuelle rettsakten ugyldig, jf. EF-traktatens artikkel 231, 1. ledd.

Ugyldighetsgrunnen «rettsregler som gjelder anvendelsen av [EF-traktaten]» er svært vid, og omfatter for eksempel samtlige av fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper, herunder fundamentale rettigheter.¹⁴⁹ At EF-domstolen (i hvert fall prinsipielt) er villig til å sette til side rettsakter som stridende mot menneskerettighetene er klart: Dette ble første gang uttrykkelig uttalt i avgjørelsen i *ERT*, der domstolen stadfestet at «(...) the Community cannot accept measures which are incompatible with observance of the human rights (...)» anerkjent og sikret som del av fellesskapets alminnelige rettsprinsipper,¹⁵⁰ og synspunktet er nå å anse som alminnelig anerkjent i EF-retten.

I EØS-systemet derimot foregår det ikke noen slik lovgivningsprosess. Av EØS-avtalens artikler 99-102 følger det at all sekundærlovgivning som inntas i samarbeidet er utformet og vedtatt av EFs organer, og at EØS-komiteen, som i henhold til artikkel 102 nr. 1 treffer beslutningen om innlemmelse, er uten mulighet til å gjøre endringer i rettsaktene. Som en naturlig følge av dette er heller ikke EFTA-domstolen gitt kompetanse til å sette til side sekundærrett som er en del av EØS-avtalen: ODA-avtalen tillegger ikke domstolen noen form for myndighet over EØS-komiteens beslutninger.¹⁵¹

Denne kompetanseforskjellen mellom EF-domstolen og EFTA-domstolen utgjør trolig mye av bakgrunnen for sistnevntes mer «forsiktige» formulering angående fundamentale rettigheters vern i EØS. Vi står overfor en praktisk ulikhet i de to domstolenes handlingsalternativer: Selv om EF-domstolen må antas å ville strekke seg forholdsvis

¹⁴⁹ Steiner, Josephine og Lorna Woods. *Textbook on EC Law*. 8. utg. Oxford, 2003, s. 617.

¹⁵⁰ Sak C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE*, Sml. 1991 s. 2925, premiss 41.

¹⁵¹ I henhold til ODA-avtalen kan EFTA-domstolen behandle saker mot EFTA-statene, enten innbrakt av EFTAs overvåkningsorgan (artikkel 31) eller av et annet EFTA-land (artikkel 32), samt søksmål mot vedtak fattet av ESA (artikkel 36) eller mot ESAs unnlatelse av å treffe slike vedtak (artikkel 37). I tillegg hører det under domstolen å avgjøre saker mot overvåkningsorganet angående skadeserstatning (artikkel 39), og den har i henhold til artikkel 35 full domsmyndighet når det gjelder sanksjoner ilagt av ESA. Noen kompetanse med hensyn til EØS-komiteens beslutninger er derimot ikke innbefattet.

langt for å tolke en bestemt rettsakt slik at den ikke krenker fundamentale rettigheter, kan – og skal – den, dersom en slik forståelse viser seg rett og slett ikke å være mulig, sette rettsakten til side som ugyldig i henhold til EF-traktatens artikkel 231. Noen slik mulighet har ikke EFTA-domstolen, og i så måte eksisterer det heller ingen forskjell mellom dennes behandling av primær- og sekundærrett på menneskerettighetsområdet. For begge bestemmelsestypene er det for EFTA-domstolen kun tale om å anvende en *tolkningsregel*: Man skal, så langt det er mulig, tolke bestemmelsene slik at de ikke innebærer noen krenkelse av fundamentale rettigheter.

9.2.3 EFTA-domstolens handlingsalternativer

Etter dette oppstår det spørsmål om hva EFTA-domstolen vil foreta seg dersom den – også etter å ha anvendt den nevnte tolkningsregelen – finner at en rettsakt inntatt i EØS-avtalens vedlegg strider mot fundamentale rettighetsgarantier.

Det kan for det første tenkes at også EF-domstolen har oppdaget den aktuelle uoverensstemmelsen mellom rettsaktens bestemmelser og fundamentale rettigheter. Ovenfor i X la jeg grunn at EFTA-domstolen som en følge av homogenitetsprinsippet og EØS-avtalens artikkel 6 må legge til grunn den «menneskerettighetsfortolkningen» som EF-domstolen har tillagt en fellesskapsbestemmelse som har sin parallell i EØS. Dersom bruddet med menneskerettighetene er grovt nok, kan imidlertid EF-domstolen også ha satt rettsakten til side som ugyldig i henhold til sin kompetanse etter EF-traktatens artikkel 230, jf. 231. Innebærer dette at rettsakten også er ugyldig i EØS, slik at heller ikke EFTA-domstolen skal anvende dens bestemmelser?

EØS-avtalen er som nevnt en folkerettslig avtale, inngått mellom fellesskapet som folkerettssubjekt på den ene siden og EFTA-statene på den annen. Noen *automatisk* ugyldighet i EØS som følge av at rettsakten er satt til side i fellesskapet kan det derfor ikke være tale om – rettsakten må også settes til side innad i EØS-systemet. Kompetansen til å gjøre dette må vel ligge hos EØS-komiteen, hvis beslutninger EFTA-domstolen ikke har noen myndighet over. I et slikt tilfelle ligger med andre ord menneskerettighetsspørsmålet utenfor EFTA-domstolens rådighetsområde.

På bakgrunn av at samtlige EFTA-stater som nevnt har tiltrådt EMK, er det vel vanskelig å tenke seg at disse skulle insistere på at en rettsakt som strider mot konvensjonens bestemmelser, og derfor er erklært ugyldig i fellesskapet, likevel skulle opprettholdes i EØS. Også homogenitetsmålsetningen tilsier at sekundærlovgivning som er satt til side i det ene systemet ikke skal ha fortsatt anvendelse i det andre. Dersom en eller flere EFTA-stater i et gitt tilfelle likevel skulle nekte å ta ut den aktuelle rettsakten, ville man støte på problemer som det likevel fører for langt å gå inn på her.

Traktatforhold mellom folkerettssubjekter er regulert i Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. Hva som skal til for at en del av en traktat er ugyldig, er

fastsatt i konvensjonens artikler 46-53, jf. artikkel 44. Vi kan tenke oss at fellesskapet påberoper seg en slik ugyldighetsgrunn i forhold til den aktuelle rettsakten, for slik å hindre at den får anvendelse i EØS. For menneskerettighetsspørsmålets vedkommende vil vel konvensjonens artikkel 46 være den mest aktuelle ugyldighetshjemmelen: Denne fastsetter at en traktart på nærmere bestemte vilkår kan påberope seg at dens interne bestemmelser – i dette tilfellet EF-rettens alminnelige rettsprinsipper – er blitt overtrådt. Spørsmålet vil da bli om en slik overtredelse fra fellesskapsinstitusjonenes side oppfyller vilkårene i artikkel 46 om en "åpenbar" overtredelse av en "fundamental" regel. I henhold til artikkel 46 nr. 2 er en overtredelse åpenbar kun dersom den "would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith."

Spørsmålet kompliseres imidlertid ytterligere av at Wienkonvensjonen om traktatretten ikke er ratifisert av Norge. Riktignok er det alminnelig antatt at konvensjonen i stor grad uttrykker folkerettslig sedvanerett, bindende for alle stater,¹⁵² men dette er et synspunkt norske myndigheter uttrykkelig har tatt avstand fra.

For det andre kan det tenkes at uoverensstemmelsen mellom den aktuelle rettsakten og fundamentale rettigheter *ikke* er oppdaget i EF-systemet. Hva skal EFTA-domstolen da foreta seg? Homogenitetsprinsippet tilsier for så vidt at rettsakten fortsetter å bli anvendt i EØS, men dette er klart nok ingen særlig god løsning sett fra et menneskerettighetssynspunkt.

Hvordan EFTA-domstolen ville forholde seg i en slik situasjon, er i det hele tatt ganske uklart. Som nevnt har domstolen ikke myndighet til å erklære EØS-komiteens beslutninger ugyldige. Det kan imidlertid nevnes at domstolen i *CIBA* fant at den hadde kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser angående "tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser om EØS-komiteens funksjoner."¹⁵³ EFTA-domstolen uttalte at

"Ifølge artikkel 34 i ODA hører det under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om "fortolkningen av EØS-avtalen". Begrepet "EØS-avtalen" omfatter i henhold til artikkel 1(a) i ODA "EØS-avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem". Ingenting i EØS-avtalen, ODA eller andre relevante rettsgrunnlag antyder at bestemmelser som fastsetter EØS-komiteens funksjoner er unntatt EFTA-domstolens jurisdiksjon etter artikkel 34 i ODA."¹⁵⁴

Hvordan EFTA-domstolen ville plassert beskyttelsen av fundamentale rettigheter med hensyn til «EØS-komiteens funksjoner» er imidlertid uklart. Noe sikkert svar på spørsmålet er det dermed svært vanskelig å gi.

¹⁵² Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. Oslo, 1998, s. 58.

¹⁵³ Sak E-6/01, *CIBA Speciality Chemical Water Treatments Ltd med flere vs. Den norske stat*, premiss 23.

¹⁵⁴ Dommens premiss 22.

9.2.4 Kontroll med institusjonenes øvrige myndighetsutøvelse?

EF-traktatens artikkel 230, 1. ledd gir ikke bare EF-domstolen adgang til å prøve lovligheten av sekundærlovgivning, men av alle tiltak fra fellesskapsinstitusjonenes side som er ment å ha *rettslig virkning*.¹⁵⁵ Domstolen har myndighet overfor både Rådet, Kommisjonen og - på enkelte vilkår - Europaparlamentet, samt overfor Den europeiske sentralbank. Som nevnt ovenfor i 4.1, er det særlig Kommisjonens myndighetsutøvelse på konkurranseområdet som tidvis har reist spørsmål om forholdet til fundamentale rettigheter.

I EØS-systemet er det kun vedtak truffet av EFTAs overvåkningsorgan som faller inn under EFTA-domstolens institusjonskontroll. Som nevnt er domstolen ikke gitt myndighet til å prøve verken EØS-komiteens eller EØS-rådets beslutninger. I henhold til ODA-avtalens artikkel 36, 1. ledd har domstolen kompetanse til å behandle innsigelser reist mot overvåkningsorganets vedtak på grunnlag av «(...) manglende kompetanse, vesentlige formfeil, krenkelse av [ODA-avtalen] eller av EØS-avtalen eller av rettsregler som gjelder anvendelsen av dem, eller myndighetsmisbruk.» Dersom domstolen finner at innsigelsen er berettiget, skal den kjenne vedtaket ugyldig, jf. 3. ledd. En sammenlikning med EF-traktatens artikkel 230, 2. ledd, jf. 231, 1. ledd viser at kontrollmyndigheten overfor EFTAs overvåkningsorgan er sterkt inspirert av EF-domstolens kompetanse overfor fellesskapsinstitusjonene.

EFTA-domstolen uttalte i *Ásgeirsson* at både EØS-avtalen og ODA-avtalens «prosessuelle bestemmelser» faller inn under regelen om tolkning i overensstemmelse med fundamentale rettigheter. Sammen inneholder disse to samlingene av bestemmelser en nøyaktig regulering av overvåkningsorganets kompetanseområder og myndighetsutøvelse – særlig avtalenes protokoller inneholder detaljerte bestemmelser om hvilke fremgangsmåter organet må følge ved utøvelsen av sine oppgaver. Protokollene utgjør en «integrerende del» av både EØS- og ODA-avtalen, jf. EØS-avtalens artikkel 2, 1. ledd, bokstav a) og ODA-avtalens artikkel 42, og må derfor antas å være omfattet av EFTA-domstolens formulering. Dersom et vedtak av EFTAs overvåkningsorgan krenker fundamentale rettigheter, må følgelig EFTA-domstolen kunne erklære dette ugyldig i henhold til EØS-avtalens artikkel 36.

Etter dette vil jeg hevde at EFTA-domstolens uttalelse i *Ásgeirsson* innebærer en kompetanse til å prøve forenligheten med fundamentale rettigheter av EFTAs overvåkningsorgans myndighetsutøvelse. Som vi så i avsnitt 9.2.1, kontrollerer domstolen også at EØS-avtalens primær- og sekundærrett blir tolket i overensstemmelse med menneskerettighetene. Jeg vil nå vurdere om dette er en hensiktsmessig løsning – er det egentlig behov for å inkludere en slik «regelverks»- og institusjonskontroll i EØS-

¹⁵⁵ Steiner & Woods (henvisning note 92 ovenfor) s. 594-595.

systemet? Nødvendigheten av en «regelverkskontroll» blir behandlet i avsnitt 9.3.1, mens spørsmålet hva gjelder institusjonskontrollen for øvrig blir drøftet i avsnitt 9.3.2.

9.3 Vurdering og kritikk: Er det behov for en tilsvarende institusjonskontroll i EØS-systemet som i EF?

Som vist ovenfor i 8.5.1, utgjør EF-domstolens kontroll med at fellesskapsinstitusjonenes handlinger – hva enten disse består i vedtakelsen av ny sekundærlovgivning eller myndighetsutøvelse for øvrig – er forenlige med fundamentale rettigheter en *avgrensning* av EF-rettens overnasjonalitet. Dermed bør det heller ikke være noe problem i forhold til EØS-avtalens folkerettslige karakter, og det derav følgende hensynet til EFTA-statenes suverenitet, å innta et slikt rettighetsvern i EØS-konstruksjonen. Jeg viser til drøftelsen av dette ovenfor under 8.5.2.

Selv om ivaretagelsen av EFTA-statenes folkerettslige autonomi ikke utgjør noen vesentlig innvending mot å innta en menneskerettslig «institusjonskontroll» i EØS-avtalen, kan det likevel pekes på enkelte elementer ved EØS-samarbeidets folkerettslige karakter som kan tenkes å redusere behovet for å utøve en slik kontroll på EØS-nivå. De følgende avsnittene tar for seg dette.

9.3.1 Behovet for en «regelverkskontroll»

EFTA-domstolen sørger altså for at EØS-retten tolkes i overensstemmelse med fundamentale rettigheter. I lys av EØS-avtalens mangel på de fellesskapsrettslige prinsippene om forrang og direkte virkning (se om dette ovenfor i X) kan det imidlertid stilles spørsmål ved om en slik menneskerettslig «regelverkskontroll» egentlig er nødvendig i EØS.

I EF-systemet fører doktrinen om fellesskapsrettens direkte virkning i medlemslandenes interne rett, sammen med dens forrang også fremfor de nasjonale forfatninger, til at medlemsstatene – sett fra fellesskapets side – ikke har mulighet til å tilsidesette EF-lovgivning som stridende mot fundamentale rettigheter så lenge disse bare er beskyttet i nasjonal rett.¹⁵⁶ Etter EF-domstolens praksis kan gyldigheten av fellesskapets rettsakter ene og alene bedømmes i lys av fellesskapsretten selv, slik at den eneste måten å kontrollere lovgivningens forenlighet med fundamentale rettigheter på er å gjøre disse til en del av EF-retten. Dette utgjorde jo også, som vi har sett, mye av den

¹⁵⁶ Noe annet er selvfølgelig at medlemslandenes domstoler *selv* anser seg kompetente til å la være å gi fellesskapsretten nasjonalt gjennomslag dersom den strider mot grunnleggende, forfatningsmessige rettigheter – se for eksempel den tyske forfatningsdomstolens holdning i *Solange*-sakene (referanse i note 25 og 39) – men dette ser vi bort fra i denne sammenheng.

opprinnelige begrunnelsen for at et ulovfestet menneskerettighetsvern ble innført i fellesskapssystemet.

I EØS-retten gjelder derimot som nevnt ikke prinsippet om direkte virkning, og heller ikke et tilsvarende forrangsprinsipp som i EF-retten. I henhold til EØS-avtalens protokoll 35 har EFTA-statene ikke plikt til å gi EØS-regler forrang fremfor sine nasjonale grunnlover, noe som innebærer at de – ved å ha eller innta en rettighetskatalog i forfatningen – kan sikre beskyttelsen av fundamentale rettigheter ved hjelp av nasjonale regler. Det faktum at rettsakter inntatt i EØS-avtalens vedlegg heller ikke har direkte virkning medfører videre at medlemslandenes domstoler ikke er forpliktet til å anvende slike bestemmelser før de ved en nasjonal gjennomføringsakt er gjort til intern rett. Dermed har EFTA-landene, dersom de anser det nødvendig, faktisk mulighet til å la være å anvende EØS-regler som de finner strider mot fundamentale rettigheter. På bakgrunn av en liknende argumentasjon finner *Fløistad* at innføringen av et generelt menneskerettighetsvern ikke er en like presserende nødvendighet på EØS-nivå som i EF-retten.¹⁵⁷

Med hensyn til muligheten under EØS-avtalen for å sikre fundamentale rettigheter forrang gjennom nasjonal grunnlov, vil jeg imidlertid kort peke på enkelte trekk ved det norske forfatningsmessige menneskerettighetsvernet. Grl § 110 c fastslår i 1. ledd at det «paaligger Statens Myndigheter at respektere og sikre Menneskerettighetene». I tillegg til å ha en klar symbolfunksjon har bestemmelsen også et visst rettslig innhold, blant annet ved å fungere som en rettslig bindende retningslinje for norske myndigheters politikk – de har ikke adgang til å føre en politikk i strid med det bestemmelsen gir uttrykk for – og ved å være et viktig tolkningsmoment ved fastleggelsen av lovers og forskrifters innhold. Videre legger bestemmelsen bånd på forvaltningen når den benytter seg av sin diskresjonære skjønnskompetanse.¹⁵⁸

Det Grl § 110 c imidlertid *ikke* gjør, er å gi enkeltindivider individuelle rettigheter som de kan påberope seg for norske domstoler. Bestemmelsen inneholder en helt generell henvisning til alle menneskerettighetsinstrumenter, og fastsetter i 2. ledd at den nærmere gjennomføringen av slike konvensjoner skal skje ved formell lov. Dette er gjort ved vedtakelsen av menneskerettsloven, som ved sin § 2 inkorporerer EMK samt FNs konvensjoner om henholdsvis økonomiske, sosiale og kulturelle og sivile og politiske rettigheter i norsk rett. Disse er dermed gitt status som norsk *lov*. Derimot er de ikke gitt status som norsk *grunnlov* – menneskerettslovens § 3, som sier at bestemmelsene i de inkorporerte konvensjonene ved motstrid skal gå foran annen lovgivning, endrer ikke på dette. Vi ser dermed at den norske grunnloven ikke inneholder noen generell menneskerettighetskatalog som private kan påberope for nasjonale domstoler.

¹⁵⁷ Fløistad, *Fundamental Rights and the EEA Agreement*, s. 31-32.

¹⁵⁸ Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002, s. 178-180.

I henhold til EØS-lovens § 1 skal bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel «gjelde som norsk lov», og en del av de forordningene og direktivene som er inntatt i EØS-samarbeidet er også gitt status som formell lov. For øvrig er slike rettsakter gjennomført i form av forskrifter. EØS-lovens § 2 bestemmer at dersom det oppstår konflikt mellom «[b]estemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter [EØS-avtalen]» og andre lovregler, skal «EØS-bestemmelsene» gå foran. Tilsvarende gjelder dersom «(...) en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen (...)» er i konflikt med enten en annen forskrift eller en senere lov. En sammenlikning med menneskerettighetslovens §§ 2 og 3 viser dermed at *både* de inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene *og* en stor del av EØS-regelverket skal gjelde som norsk lov, og ha forrang fremfor annen lovgivning. Noen bestemmelse som regulerer det nærmere forholdet mellom disse to regelsettene, og hvordan en eventuell konflikt mellom slike typer bestemmelser skal løses, finnes derimot ikke. Dermed ser vi at situasjonen i hvert fall i *norsk* rett er slik at man, for å sikre beskyttelsen av fundamentale rettigheter også innenfor «EØS-sfæren», bør innta slike garantier i EØS-avtalen selv.

Etter dette kan det stilles spørsmål ved hvor stor vekt argumentet om EFTA-statenes mulighet for å sikre fundamentale rettigheter vern gjennom nasjonal rett, og det korresponderende mindre behovet for å innta et rettighetsvern på EØS-nivå, kan tillegges. Slik jeg ser det, er det vel heller ikke spesielt sannsynlig at EFTA-statenes myndigheter skulle la være å gjennomføre EØS-rettsakter selv om de stilte seg tvilende til dissens forenlighet med menneskerettighetene: Til tross for at dette «bare» ville være et brudd fra den aktuelle statens side på dens folkerettslige forpliktelser, i henhold til dualismeprinsippet uten noen direkte virkninger i intern rett, ville de politiske konsekvensene av en slik politikk – avhengig av EFs «tålegrense» - i lengden kunne bli ganske alvorlige.

9.3.2 Behovet for kontroll med institusjonenes øvrige handlinger

Når det gjelder institusjonskontrollen for øvrig, er det for EFTA-domstolens vedkommende som nevnt kun tale om å utøve kontroll med vedtak truffet av EFTAs overvåkningsorgan, i henhold til ODA-avtalens artikler 36 og 37.

Overvåkningsorganet har blant annet til oppgave å kontrollere overholdelsen av EØS-avtalens konkurranseregler. I denne sammenheng er organet, på samme måte som Kommisjonen ved håndhevelsen av EF-traktatens konkurransebestemmelser, gitt adgang til å utøve myndighet direkte overfor private. Akkurat som på fellesskapsområdet kan det da oppstå situasjoner hvor individene hevder at deres fundamentale rettigheter har blitt krenket ved overvåkningsorganets fremferd. I disse tilfellene er det klart at behovet for et rettighetsvern på EØS-nivå er like stort som i fellesskapet: EF-domstolen har ingen kompetanse til å overprøve vedtak truffet av EFTAs overvåkningsorgan, og følgelig er

det ingen andre kontrollmuligheter overfor disse beslutningene enn de EFTA-domstolen er tillagt. Dersom EFTA-domstolens kontrollgrunnlag, hjemlet i ODA-avtalens artikkel 36, 1. ledd, ikke skulle omfatte en adgang til å prøve forenligheten med fundamentale rettigheter, ville vi stå overfor et potensielt hull i privates rettsbeskyttelse under EØS-avtalen. Kontrollbehovet er med andre ord like stort med hensyn til vedtak truffet av EFTAs overvåkningsorgan, som det innen fellesskapsretten er med Kommisjonens handlinger overfor private.¹⁵⁹

Etter dette mener jeg at det ikke er noe videre grunnlag for å kritisere EFTA-domstolens avgjørelse i *Ásgeirsson* når det gjelder kontrollen med EØS-regelverkets og EFTAs overvåkningsorgans respekt for fundamentale rettighetsgarantier. Jeg går derfor nå over til å behandle et etter mitt syn betraktelig vanskeligere spørsmål, nemlig om EFTA-domstolen har – og bør ha – en tilsvarende kompetanse som EF-domstolen til å prøve forenligheten med menneskerettighetene av *medlemslandenes* handlinger på EØS-området.

9.4 Kontroll med medlemsstatenes handlinger?

Som nevnt ovenfor kontrollerer EF-domstolen både at medlemsstatenes nasjonale gjennomførings- og håndhevelseshandlinger er i overensstemmelse med fellesskapsrettens fundamentale rettigheter, og at deres derogasjonsbegrunnelser er forenlige med de kravene slike rettighetsgarantier stiller. Jeg vil i det følgende ta for meg hver av disse to situasjonene, og vurdere om en tilsvarende kontrollmulighet bør gjelde i EØS. Drøftelsen vil ta utgangspunkt i EFTA-domstolens rettspraksis, da særlig dens uttalelse i *Ásgeirsson*, men som vi skal se gir denne praksisen svært begrenset veiledning i denne sammenheng. Vurderingen vil derfor for en god del måtte bero på hva andre momenter tilsier. Et felles vurderingsmoment for begge kontrollsituasjonene er knyttet til kildene til fellesskapsrettens fundamentale rettigheter, og i hvilken grad de utgjør en naturlig basis for en EØS-rettslig uskreven «rettighetskatalog». Dette vil bli undergitt en samlet drøftelse i avsnitt 9.4.1, før den nærmere vurderingen av hver enkelt situasjon.

Som vi så ovenfor i 8.5.1, er det særlig EØS-avtalens folkerettslige karakter som kan skape problemer i forhold til å innføre en tilsvarende medlemsstatskontroll i EØS som i EF-retten. Samtidig er det også her viktig å ha et øye til EØS-samarbeidets målsetning om rettslikhet mellom de to systemene. En avveining av homogenitetsmålsetningen mot hensynet til EFTA-landenes suverenitet er derfor av vesentlig betydning, og vil bli behandlet for seg.

¹⁵⁹ Slik også *Fløistad* s. 37-39.

9.4.1 Kildene til EF-rettsens fundamentale rettigheter – like naturlige i EØS?

Dersom den menneskerettslige kontrollen med medlemsstatene som gjelder i EF-retten også skulle anses som en del av EØS-avtalen, ville dette innebære at EFTA-landene, så lenge de handlet innenfor «EØS-rettsens område» var bundet av den samme uskrevne «rettighetskatalogen» som EF-domstolen bekjenner seg til. Det kan da stilles spørsmål ved naturligheten av å bringe en slik «katalog» inn i EØS-systemet.

Når det gjelder EMK som rettighetskilde, burde dette i utgangspunktet ikke være noe problem i forhold til EØS. Alle EFTA-statene som er parter til EØS-avtalen har ratifisert EMK, og er følgelig allerede bundet av de rettighetene som konvensjonen stadfester. Så lenge det EF-rettslige rettighetsvernet tilsvarende det som tilsiktes etter EMK, vil derfor ikke det å gjøre «fellesskapskatalogen» til en del av EØS-konstruksjonen innebære noen endringer i den foreliggende rettstilstanden, og følgelig heller ikke fremstå som særlig kontroversielt. Poenget er også vektlagt i litteraturen som argument for at EF-rettsens menneskerettighetsvern kan bli inkorporert i EØS-avtalen uten spesielle problemer.¹⁶⁰

Til dette kan det imidlertid innvendes at EF-domstolens bruk av EMK som inspirasjonskilde ikke har ført til at det automatisk kan settes likhetstegn mellom rettighetsvernet i EF og vernet etter konvensjonen - se om dette ovenfor i kapittel 3.

Videre kan det påpekes at fellesskapsrettens uskrevne «rettighetskatalog» som kjent ikke bare henter sine rettigheter fra EMK, men også fra andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter samt EU-landenes forfatninger. Dette innebærer for det første at det ikke er noen garanti for at EFTA-statene har tiltrådt slike andre instrumenter som EF-domstolen henter inspirasjon fra. For det andre, og kanskje viktigere, inkluderer ikke domstolens komparative analyse av EU-medlemsstatenes rett EFTA-landene: Disse er dermed i utgangspunktet nektet enhver forfatningsmessig innflytelse på den uskrevne «rettighetskatalogens» innhold.¹⁶¹

Til det siste poenget kommer riktignok at *EFTA-domstolen* sannsynligvis ville inkludere EFTA-statenes forfatningsmessige tradisjoner i «rettighetskatalogens» kildegrunnlag – dette ville være en naturlig følge av å gjøre et menneskerettighetsvern tilsvarende det som gjelder i fellesskapsretten til del av EØS-avtalen. Det er imidlertid ikke til å komme fra at en slik kildebruk fort kunne komme i strid med EØS-samarbeidets homogenitetsmålsetning: Jeg viser her til behandlingen av dette ovenfor i 7.4.2.

Det kildemessige problemet understrekes av EUs forfatningstraktat, som, dersom den trår i kraft, vil innebære at Charteret for fundamentale rettigheter blir bindende i unionen.

¹⁶⁰ Se for eksempel Sejersted, *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context*, s. 56 og samme forfatter i Sejersted...[et al.], *EØS-rett*, 2004, s. 103.

¹⁶¹ Se *Fløistad* s. 34-35.

Charteret inneholder som nevnt et mangfold av rettigheter, hentet fra flere ulike kilder, og kan i så måte bidra til å øke avstanden mellom EF-domstolens og EFTA-domstolens «menneskerettighetskataloger».

Vi ser altså at kildene til den EF-rettslige rettighetskatalogen – med mindre de blir undergitt en viss tilpasning – ikke er like naturlige i EØS som i EF. Dette kan fungere som et argument mot å underlegge EFTA-statenes handlinger en kontroll basert på det fellesskapsrettslige vernet om fundamentale rettigheter. Argumentet gjør seg gjeldende både i forhold til kontrollen med statenes gjennomførings- og håndhevelseshandlinger og med hensyn til «menneskerettighetsprøvingen» av deres derogasjonsbegrunnelser, men kanskje sterkest i forhold til den siste kontrollsituasjonen. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er dette et område der statenes suverenitet fort kan bli trådt svært nær.

Jeg går nå over til å se mer spesielt på hver enkelt kontrollsituasjon.

9.4.2 Kontrollsituasjon 1: EFTA-statenes nasjonale gjennomføring og håndhevelse av EØS-bestemmelser

Verken i *Ásgeirsson*, *Bellona* eller *TV 1000* sier EFTA-domstolen noe uttrykkelig om forholdet til EFTA-statenes gjennomførings- og håndhevelseshandlinger. Spørsmålet er derfor om en slik «menneskerettighetskontroll» med nasjonale myndigheter kan tolkes inn i den forholdsvis vide *Ásgeirsson*-formuleringen om at «(...) provisions of the EEA Agreement as well as procedural provisions of the Surveillance and Court Agreement (...)» skal tolkes i lys av fundamentale rettigheter.

Som nevnt ovenfor er det rimelig å anta at henvisningen i *Ásgeirsson* til *TV 1000 mot Norge* innebærer at også sekundærlovgivningen skal forstås i overensstemmelse med fundamentale rettigheter. Også for øvrig vil vel en generell henvisning til «EØS-avtalen» normalt måtte forstås som en henvisning til avtalen som helhet, det vil si inkludert dens vedlegg – i henhold til definisjonsbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 2, 1. ledd bokstav a) skal begrepet «avtale» i denne sammenheng anses for å vise til «[EØS]-avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter som er omhandlet i dem.» Det samme fremgår av avtalens artikkel 119, som fastslår at vedleggene med sine rettsakter samt protokollene utgjør en «integrerende del» av EØS-avtalen.

Alle rettsakter som er gjort til del av EØS-avtalen må gjennomføres i EFTA-landenes interne rettsordener, i henhold til fremgangsmåten fastsatt i avtalens artikkel 7. En korrekt nasjonal gjennomføring forutsetter at rettsakten tolkes, og at den påfølgende gjennomføringen og håndhevelsen skjer i overensstemmelse med det man slik kommer frem til at sekundærlovgivningen krever. Særlig direktiver, som i henhold til EØS-avtalens artikkel 7 bokstav b) bare er bindende med hensyn til sin målsetting, gir forholdsvis mye valgfrihet til nasjonale myndigheter. Fordi det slik er en nær sammenheng mellom den aktuelle rettsakten og gjennomføringen og/eller håndhevelsen

av den, og EFTA-domstolens uttalelse i *Ásgeirsson* naturlig kan forstås slik at den henvender seg til alle som anvender EØS-rett, også EFTA-statenes myndigheter, kan det hevdes at det nærmest ligger implisitt i uttalelsen at også EFTA-landenes interne implementeringsvedtak må overholde fundamentale rettigheter.

I forlengelsen av dette kan det argumenteres med at det å underlegge EFTA-statenes gjennomføringstiltak en vurdering basert på fundamentale rettigheter på samme måte som i EF-retten er en rasjonell og naturlig løsning. Nasjonale myndigheter i EFTA-landene har en tilsvarende «agentfunksjon» i forhold til EØS-systemet som det EF-medlemsstatene har i EF-konstruksjonen. Ved å ha ansvar for at henholdsvis EØS- og fellesskapspolitikken blir gjennomført og håndhevet på nasjonalt plan, opptrer begge på mange måter som sine respektive systemers «utøvende myndighetsorganer». Dersom man i en situasjon der en borger gjorde gjeldende menneskerettslige innvendinger mot en direktivbasert nasjonal regel, likevel unnlot å kontrollere de interne implementeringstiltakenes forenlighet med fundamentale rettigheter, ville dette fra et rettighetsperspektiv virke noe merkelig. Skal det, til tross for den nære sammenhengen mellom den aktuelle EØS-politikken og nasjonale handlinger, gjelde to forskjellige standarder; en for EØS/EFTA-institusjonene – som jo må respektere EØS-rettens fundamentale rettigheter – og en for medlemsstatene, når de handler i henhold til *samme politikk*? En slik løsning fremstår som lite naturlig, og ville også kunne medføre tilfeldige resultater for privatpersoner.¹⁶²

Disse argumentene taler altså for at EFTA-domstolen, som en slags «forlengelse» av sin myndighet overfor EFTAs overvåkningsorgan, skal ha kompetanse til å kontrollere forenligheten med fundamentale rettigheter av EFTA-statenes gjennomførings- og håndhevelseshandlinger. Spørsmålet som gjenstår er da hvilken løsning en avveining av homogenitetsmålsetningen mot EØS-avtalens folkerettslige karakter, kjennetegnet ved hensynet til EFTA-statenes suverenitet, tilsier.

9.4.3 Betydningen av homogenitetsmålsetningen og EFTA-statenes suverenitet for kontrollsituasjon 1

EØS-avtalens artikkel 7 fastsetter som nevnt fremgangsmåten for EFTA-statenes nasjonale implementering av nye rettsakter. I henhold til bestemmelsens bokstav a) skal en rettsakt som tilsvarer en fellesskapsrettslig *forordning* gjøres til del av den interne rettsorden *som sådan*, det vil si ordrett. Slik har man søkt å komme så nær EF-retten som mulig, selv om EØS-forordninger – i motsetning til det som gjelder i fellesskapsretten, jf.

¹⁶² Se for en tilsvarende argumentasjon i forhold til EU-retten: Weiler, Joseph H.H. og Nicolas J.S. Lockhart, “*Taking Rights Seriously*” *Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence.*” I: CML Rev. 1995 s. 51-94 (Part I) og s. 579-627 (Part II), særlig s. 73-74.

EF-traktatens artikkel 249, 2. ledd – ikke kan ha umiddelbar virkning i dualistiske EFTA-land. Nasjonale myndigheters frihet ved gjennomføringen av forordninger er følgelig svært begrenset. Ved implementeringen av *direktiver* er imidlertid situasjonen en noe annen: Disse er kun bindende men hensyn til sin målsetning, og overlater etter EØS-avtalens artikkel 7 bokstav b) til EFTA-statenes myndigheter å «bestemme formen og midlene for gjennomføringen.»

Vi ser altså at gjennomføringen av både forordninger og direktiver i EØS-retten skjer ved hjelp av *nasjonale* handlinger. Dersom EFTA-domstolen, på samme måte som EF-domstolen, skulle ha kompetanse til å prøve forenligheten med fundamentale rettigheter av disse handlingene, ville dette med andre ord innebære at den hadde adgang til å vurdere også nasjonale, *internrettslige* vedtaks forhold til menneskerettighetene. Størst inngrep ville en slik prøvingsrett gjøre med hensyn til gjennomføringen av direktiver, der nasjonale myndigheter som nevnt er gitt en viss frihet.

Det folkerettslige suverenitetsprinsippet medfører at vurderingen av hvilke verdier og målsetninger som skal legges til grunn for nasjonale regler, som utgangspunkt hører inn under den enkelte stat. I den grad statens myndigheter ikke har tiltrådt et internasjonalt samarbeid, gjelder dette også med hensyn til beskyttelsen av grunnleggende rettigheter og friheter. Som nevnt ovenfor i 8.5.1, hører eksistensen og omfanget av menneskerettighetsvernet som hovedregel hjemme i de enkelte lands interne rett. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at EØS-avtalens folkerettslige karakter, med sin ivaretagelse av EFTA-statenes autonomi, innebærer at det bør være opp til hvert enkelt EFTA-land, og bare dette, å vurdere forenligheten med fundamentale rettigheter av den nasjonale gjennomføringen og håndhevelsen av EØS-retten. En eventuell adgang for EFTA-domstolen til å prøve de interne implementeringsvedtakenes forhold til menneskerettighetene ville innebære et inngrep i den aktuelle statens suverenitet.

Det er i denne sammenheng viktig å huske at en unnlattelse av å anse EFTA-domstolen kompetent til å vurdere EFTA-statenes respekt for menneskerettighetene ikke medfører at overholdelsen av rettighetene ikke blir kontrollert. Samtlige av EFTA-landene har ratifisert EMK, og er følgelig bundet av det konvensjonen fastsetter. I Norge er bestemmelsene i EMK ved menneskerettighetslovens § 2 gjort til norsk rett, og kan følgelig håndheves ved nasjonale domstoler. Videre prøver også Menneskerettighetsdomstolen, når nasjonale rettsmidler er uttømt, om konvensjonsrettighetene er blitt krenket i en konkret sak. Slik sett tilsier strengt tatt ikke det viktige hensynet til å sikre at den enkelte stat overholder fundamentale rettigheter at dette er noe også EFTA-domstolen skal ha kompetanse til å gjøre. Ved derimot å legge menneskerettighetskontrollen på nasjonalt nivå, i enkelte tilfeller supplert med Menneskerettighetsdomstolens vurderinger, vil man nettopp sikre at ikke EØS-avtalens suverenitetsprinsipp, forutsatt av EFTA-statene, blir trådt for nær.

Så langt har vi sett på momenter som taler mot at EFTA-domstolen skal ha kompetanse til å prøve forenligheten med fundamentale rettigheter av EFTA-statenes EØS-rettslige gjennomførings- og håndhevelseshandlinger. På den annen side har disse handlingene imidlertid som vist nær sammenheng med EØS-politikken, fordi statene som «agenter» for EØS sørger for at nye rettsakter får gjennomslag i de nasjonale rettsordener. Dette utgjør som vi skal se nedenfor en vesentlig forskjell fra situasjonen ved derogasjoner, der det grunnet en intern politikk i strid med EØS-samarbeidet søkes å gjøre unntak fra forpliktelsene under avtalen. Implementeringsvedtakenes karakter av et sammenfall i målsetning mellom EØS-politikken og nasjonale handlinger kan derfor lede til en argumentasjon om at inngrepet i EFTA-statenes suverenitet likevel ikke er så stort. Sammenhengen med EØS-avtalens hovedmålsetning – en integrering av EFTA-landene i EFs indre marked – er her forholdsvis nær, og for å oppnå dette målet har man jo nettopp godtatt mekanismer som gjør visse inngrep i statenes autonomi.

Vi ser altså at en adgang for EFTA-domstolen til å foreta en menneskerettighetskontroll med EFTA-statenes implementeringshandlinger, innebærer et visst inngrep i deres suverenitet, men at dette ikke nødvendigvis er så stort. Denne suverenitetsbegrensningen må så avveies mot EØS-samarbeidets homogenitetsmålsetning, som prinsipielt sett tilsier at den fellesskapsrettslige kontrollen med at medlemsstatene, når de handler innenfor «EF-sfæren», overholder rettssystemets fundamentale rettigheter, også bør inngå i EØS-konstruksjonen. Dette må særlig sies å gjelde med hensyn til medlemslandenes gjennomføringshandlinger: Dersom det fellesskapsrettslige menneskerettighetskonseptet utgjør en restriksjon på EF-landenes, men ikke EFTA-statenes, implementeringsvalg, vil dette kunne føre til at spesielt direktiver anvendes og håndheves forskjellig i EØS-området - en nasjonal gjennomføring som er akseptabel i «EFTA-delen» kan være ulovlig innen EF-systemet.

Etter dette ser vi at hensynet til rettshomogenitet veier tungt på området for nasjonale implementeringshandlinger. Fordi inngrepet i EFTA-statenes suverenitet kan anses for å være av begrenset art, er det derfor ikke umulig at EFTA-domstolen, dersom den fikk mulighet til å uttale seg eksplisitt om spørsmålet, ville sett seg selv som kompetent til å utøve en menneskerettslig kontroll med slike vedtak.

Hvordan stiller det seg så med kontrollsituasjon nummer to?

9.4.4 Kontrollsituasjon 2: EFTA-statenes bruk av EØS-avtalens derogasjonshjemler

Den andre fellesskapsrettslige kontrollsituasjonen – vurderingen av om medlemsstatenes bruk av derogasjonshjemlene er i overensstemmelse med fundamentale rettigheter – er slik jeg ser det også den mest problematiske sett ifra et EØS-perspektiv.

EFTA-domstolen sier verken i *Ásgeirsson* eller de øvrige nevnte avgjørelsene noe om hvorvidt EFTA-statenes derogasjoner må være forenlige med det EØS-rettslige menneskerettighetskonseptet. Det er også forholdsvis vanskelig å tolke en slik kontrolladgang inn i domstolens uttalelse om at EØS- og ODA-avtalens bestemmelser skal tolkes i lys av fundamentale rettigheter. Dette har sin bakgrunn i at formuleringen etter sin ordlyd dreier seg om de nevnte *avtalebestemmelsenes* forhold til menneskerettighetene. Når en medlemsstat benytter seg av en av derogasjonshjemlene i EØS-avtalen er dette imidlertid for å sikre opprettholdelsen av en tungtveiende nasjonal politikk, som ellers ville vært stridende mot det indre marked og følgelig ikke mulig å gjennomføre. Derogasjoner kan begrunnes i hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen, samt i enkelte mer spesielle kategorier. Under kontrollsituasjon nummer tre er det følgelig tale om å prøve forenligheten med EØS-rettens fundamentale rettigheter av *nasjonale* regler grunnet i en *intern* politikk, *ikke* av bestemmelser i EØS- eller ODA-avtalen.

Det kan nok være mulig å argumentere for at et eventuelt EØS-rettslig prinsipp tilsvarende kontrollsituasjon nummer tre følger av en tolkning av derogasjonshjemlene i EØS-avtalen, og slik sett også av «bestemmelser i EØS-avtalen». Prinsippet kan ses på som en av flere begrensninger i derogasjonsadgangen, hvorav ikke alle uttrykkelig fremgår av traktatbestemmelsene. En liknende argumentasjon er blitt ført i EF-rettslitteraturen, som motvekt mot den ganske krasse kritikken som tidvis er blitt reist mot fellesskapsrettens utgave av prinsippet.¹⁶³

Ovenfor ble det, i forhold til kontrollen med medlemsstatenes gjennomførings- og håndhevelseshandlinger, argumentert for at denne prøvelsesmuligheten kunne tenkes omfattet av EFTA-domstolens formulering. I denne sammenheng er det imidlertid viktig å peke på en vesentlig forskjell mellom implementeringsvedtak og anvendelsen av EØS-avtalens derogasjonshjemler, som gjør en kontroll med sistnevnte handlinger mindre naturlig. Mens de førstnevnte beslutningene gjennomfører EØS-politikken i den enkelte medlemsstat, og således bare er en «fortsettelse» av denne, bygger påberopelsen av derogasjonsreglene på en intern målsetning, uavhengig av EØS-avtalen og – som nevnt – gjerne i strid med denne. Det samsvaret mellom medlemslandets handlinger og EØS-systemet som gjør seg gjeldende med hensyn til nasjonale implementeringsvedtak, er følgelig helt fraværende hva angår derogasjoner. Dette taler mot at EFTA-domstolens uttalelse skal tolkes i retning av å omfatte en slik type kontroll.

¹⁶³ Se Weiler og Lockhart s. 74-78.

9.4.5 Betydningen av homogenitetsmålsetningen og EFTA-statenes suverenitet for kontrollsituasjon 2

Også når det gjelder kontrollen med at medlemsstatenes derogasjonsbegrunnelser er i overensstemmelse med fundamentale rettigheter, taler homogenitetsmålsetningen for at situasjonen skal være den samme i fellesskapet og i EØS. Muligheten for at en tilnærmet lik nasjonal politikk, anvendt som begrunnelse for å gjøre inngrep i henholdsvis EØS- eller EF-rettens friheter, skulle bli godtatt av EFTA-domstolen, men ikke av EF-domstolen på grunn av dens krenkelse av fundamentale rettigheter, utgjør klart nok et hinder for rettslikheten mellom de to systemene.

Kontrollsituasjon nummer to bærer imidlertid med seg flere betenkeligheter i forhold til EFTA-landenes suverenitet enn det kontrollen med statenes implementeringsvedtak gjør. Som nevnt ovenfor hører beskyttelsen av menneskerettighetene som utgangspunkt inn under den enkelte nasjonalstats autonome myndighet. Det fellesskapsrettslige prinsippet om at medlemsstatenes derogasjoner må overholde EF-rettens fundamentale rettigheter, innebærer imidlertid som jeg har vist at EF-domstolen tar stilling til om medlemslandenes interne politikk er forenlig med menneskerettighetene. Fordi EF-domstolen slik foretar en overprøving av de nasjonale myndighetenes egen vurdering, medfører doktrinen at det gjøres et dypt innhugg i statenes suverenitet.

Et slikt «suverenitetsinnhugg» er for så vidt ikke ukjent i EU-systemet. På denne bakgrunn er det der som nevnt blitt argumentert med at beskyttelsen av fundamentale rettigheter er et naturlig ledd i de reglene – traktatfestede eller ikke - som begrenser derogasjonsmulighetene.¹⁶⁴ I forhold til EØS-konstruksjonen stiller det seg imidlertid annerledes: EFTA-statene ønsket nettopp å beholde mer suverenitet enn det som er vanlig ved et EU-medlemskap, og dette er gjenspeilet i EØS-avtalens folkerettslige karakter og begrensede formål. Dersom EFTA-domstolen skulle ha en tilsvarende kompetanse som EF-domstolen til å kontrollere forenligheten med menneskerettighetene av medlemslandenes, i vårt tilfelle EFTA-statenes, derogasjonsbegrunnelser – noe som altså ville innebære en overprøving av de nasjonale myndighetenes egen vurdering – ville vi stå overfor et forholdsvis klart brudd med EØS-avtalens folkerettslige forutsetning. I motsetning til situasjonen ved en kontroll av statenes gjennomførings- og håndhevelseshandlinger er det her ikke tale om noe sammenfall i målsetning for EØS-systemets og EFTA-landenes del: De sistnevnte ønsker jo derimot å gjøre *inngrep* i EØS-retten, på bakgrunn av et motstridende nasjonalt hensyn.

I denne sammenheng kan det nevnes at det også i forhold til fellesskapsretten er blitt tatt til orde for at EF-domstolen ikke bør utøve en så vidtgående menneskerettslig kontroll med medlemsstatenes derogasjoner som det som nå er tilfelle. Francis G. Jacobs, som var

¹⁶⁴ Se *Weiler og Lockhart* s. 74-78.

generaladvokat i *Konstantinidis*-saken og der gikk inn for en vid forståelse av EF-domstolens menneskerettighetskompetanse, argumenterer i en senere artikkel for at denne kompetansen bør snevres inn. Jacobs mener at rettsstilstanden heller bør forstås slik at dersom en medlemsstat søker å *begrunne* en derogasjon i beskyttelsen av menneskerettighetene, skal denne anførselen inngå i vurderingen av derogasjonens lovlighet. Med en gang dette spørsmålet er besvart, befinner vi oss imidlertid utenfor området for EF-retten: Restriksjonen på en av de fire frihetene må – selv om den er akseptabel i henhold til fellesskapsretten – fortsatt anvendes med respekt for menneskerettighetene, men dette stadiet av undersøkelsen ligger utenfor EF-domstolens og fellesskapets kompetanse. Jacobs fortsetter med å hevde at når medlemsstatene påberoper seg en av EF-traktatens derogasjonshjemler, er de gjenstand for enkelte av EF-rettens restriksjoner, men ikke alle. Det er klart at medlemslandene må respektere forbudet mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling, og for det andre må også proporsjonalitetsprinsippet overholdes. Ut over dette bør imidlertid medlemsstatene ikke være bundet av fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper, slik som beskyttelsen av fundamentale rettigheter.¹⁶⁵

Jacobs' syn har til nå ikke fått noen videre oppslutning blant EF-domstolens øvrige medlemmer. Synspunktene har imidlertid overføringsverdi til spørsmålet om menneskerettighetsvernet i EØS-systemet, og det folkerettslige suverenitetsprinsippet medfører her at de får enda større vekt. Av EØS-avtalens artikkel 4 fremgår det at ikke-diskrimineringsprinsippet gjelder i EØS, og også proporsjonalitetsprinsippet må som hovedregel antas å inngå i konstruksjonen – følgelig er det naturlig at også EFTA-landenes utnyttelse av derogasjonshjemlene underlegges disse begrensningene. Med tanke på EØS-avtalens folkerettslige utgangspunkt bør også dette anses tilstrekkelig, slik at man unngår å trå statenes autonomi for nære ved i tillegg å prøve tiltakenes forenlighet med fundamentale rettigheter. Med hensyn til et mulig unntak for det tilfellet at derogasjonen begrunnes i beskyttelsen av menneskerettighetene, er det mer usikkert om også dette bør gjelde i EØS: Ved å påberope seg menneskerettighetene bringer den aktuelle staten i større grad spørsmålet inn i «EØS-sfæren», og åpner derfor til en viss grad opp for en prøvelsesadgang for EFTA-domstolen. På den annen side innebærer en adgang for domstolen til å undersøke hvorvidt medlemsstatens politikk faktisk beskytter de påberopte rettighetene, at statens egen vurdering av dette kan bli satt til side.

Etter dette vil jeg påstå at inngrepet i EFTA-statenes suverenitet, og det korresponderende bruddet på EØS-avtalens folkerettslige forutsetning, ved å anse EFTA-domstolen kompetent til å prøve forenligheten med fundamentale rettigheter av EFTA-statenes derogasjoner, er for stort til at det kan oppveies av hensynet til å oppnå rettslikhet

¹⁶⁵ Jacobs, Francis G. *Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice*. I: (2001) 26 E.L.Rev. s. 331, på s. 336-338.

mellom EF- og EØS-systemet. Også i denne sammenheng er det grunn til å minne om at en ikke-eksisterende kontrollkompetanse på EFTA-domstolens hånd ikke innebærer at nasjonale myndigheter da står fritt til å krenke menneskerettighetene: Som nevnt i avsnitt 9.4.3 kan slike krenkelser både klages inn for nasjonale domstoler og deretter eventuelt for Menneskerettighetsdomstolen.

9.5 Sammenfatning

Problemstillingen i del III var om EØS-avtalen inneholder et vern om fundamentale rettigheter tilsvarende det som gjelder i fellesskapet. Som vi har sett, ligger mye av grunnlaget for å besvare dette spørsmålet i en avveining av EØS-samarbeidets homogenitetsprinsipp mot hensynet til avtalens folkerettslige karakter og EFTA-statenes suverenitet.

I *Ásgeirsson* stilte EFTA-domstolen opp en tolkningsregel om at EØS-rettslige bestemmelser av både primær og sekundær art skal forstås i overensstemmelse med fundamentale rettigheter. Denne regelen kan minne mye om det tilsvarende prinsippet utviklet av EF-domstolen. En viktig forskjell fra situasjonen i fellesskapssystemet er likevel at EFTA-domstolen ikke har kompetanse til å sette til side sekundærrett som er en del av EØS-avtalen, dersom denne strider mot menneskerettighetene. Hva EFTA-domstolen skal foreta seg i en slik situasjon, er i det hele tatt heller uklart. Både EF-domstolen og EFTA-domstolen har imidlertid adgang til å utøve en rettighetskontroll med rettssystemenes institusjoner, for sistnevntes del EFTAs overvåkningsorgan.

Det vanskeligste spørsmålet med hensyn til menneskerettighetsvernet i EØS er etter min mening knyttet til den fellesskapsrettslige rettighetskontrollen med *medlemsstatenes* handlinger. Dersom en tilsvarende kontrolladgang innføres i EØS-systemet, vil dette kunne skape vanskeligheter i forhold til EØS-avtalens folkerettslige karakter og det tilknyttede hensynet til EFTA-landenes suverenitet. Størst problemer vil menneskerettighetsprøvingen av statenes derogasjoner kunne skape: Her er det tale om å overprøve forenligheten med fundamentale rettigheter av en tungtveiende *intern* politikk, påberopt for å rettferdiggjøre et inngrep i EØS-avtalens markedsfriheter. En adgang for EFTA-domstolen til å utøve en slik type kontroll utgjør derfor slik jeg ser det et for dypt innhugg i EFTA-landenes autonomi til at det kan oppveies av hensynet til å oppnå rettslikhet mellom EF- og EØS-systemet.

Enkelte suverenitetsmessige problemer oppstår også i forhold til en eventuell menneskerettighetskontroll med EFTA-statenes nasjonale gjennomføring og håndhevelse av EØS-retten. Vanskelighetene er likevel mindre her enn ved en derogasjonskontroll, fordi det er en nær tilknytning mellom den aktuelle EØS-politikken og de nasjonale myndighetenes vedtak. Sammenhengen med EØS-avtalens hovedmålsetning – en

integrering av EFTA-landene i EFs indre marked – er i disse tilfellene forholdsvis enkel å få øye på.

På denne bakgrunn er det etter min mening ikke uten videre grunnlag for å konkludere med at menneskerettighetsvernet i EØS er – og bør være – det samme som i EF. Hensynet til EFTA-statenes suverenitet er i enkelte tilfeller så fremtredende at det ikke motveies av EØS-samarbeidets homogenitetsmålsetning. Dette er noe også EFTA-domstolen, dersom den skulle få spørsmålet opp til behandling, burde ha et øye til.

Del IV EU og EØS sett fra EMK

10 Innledning

EU har ikke tiltrådt EMK. Dersom man i Strasbourg mottar en klage som er rettet mot unionen *som sådan*, må denne derfor avvises som uforenlig med konvensjonen *ratione personae*, jf. EMK artikkel 35 nr. 3.¹⁶⁶ Dette ble slått fast av den nå opphevede europeiske menneskerettighetskommisjonen i *CFDT*,¹⁶⁷ den første viktige «EF-avgjørelsen» avsagt av Strasbourg-organene. Menneskerettighetskommisjonen bekreftet her at «the European Communities are not a Contracting Party to the European Convention on Human Rights», og at – i den grad klagen var rettet mot fellesskapet – «[t]o this extent the consideration of the applicant organization's complaints lies outside the Commission's jurisdiction *ratione personae*.»¹⁶⁸ En tilsvarende avvisning må selvfølgelig skje dersom en klage rettet mot EØS blir innbrakt for Menneskerettighetsdomstolen – som nevnt ovenfor i kapittel 1.1 har ikke EØS, som ikke er et folkerettssubjekt, engang *kompetanse* til å tiltre EMK.

Både EUs medlemsstater og EFTA-landene har imidlertid alle ratifisert EMK. Spørsmålet er derfor om medlemsstatene kan holdes ansvarlige under konvensjonen for sin *nasjonale* gjennomføring av henholdsvis EU- eller EØS-rett, dersom denne krenker individuelle rettigheter. Dette vil være svært praktisk fordi fellesskapet og EØS begge er organisert slik at håndhevingen av systemenes rett for en stor del er overlatt til den enkelte stats myndigheter.

Som vi har sett, kan det ikke utelukkes at ulikheter i tolkningen av de enkelte EMK-rettighetene vil oppstå mellom EF- og EFTA-domstolen på den ene siden, og Menneskerettighetsdomstolen på den annen.¹⁶⁹ Dersom nasjonalstatene kan dømmes under EMK

¹⁶⁶ Artikkel 35 nr. 3 sier at Menneskerettighetsdomstolen «(...) shall declare inadmissible any individual application (...) which it considers incompatible with the provisions of the Convention or the protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of application.» Avvisningsgrunnen *ratione personae*, det vil si på grunn av person, har to sider. Den første gjelder *klageren*, som må være offer, direkte berørt av den omhandlede krenkelsen og også for øvrig ha aktuell interesse i saken. Den andre siden angår *innklagedes* forhold: Klagen må rette seg mot et subjekt som er bundet av EMK. Se *Møse* (henvisning note ? ovenfor) s. 127-128.

¹⁶⁷ *Confédération française démocratique du travail vs. European Communities; Alternatively, their Member States, Jointly and Severally*, no. 8030/77, (1978) 21 Yearbook of the European Convention on Human Rights s. 530. Se også *Christiane Dufay vs. European Communities; Secondly, the Collectivity of their Member States and their Member States Taken Individually*, no. 13539/88, der Menneskerettighetskommisjonen gjentok konklusjonen i *CFDT*.

¹⁶⁸ På s. 538.

¹⁶⁹ Se ovenfor i kapittel 3.

for den interne gjennomføringen av EU/EØS-retten, kan det derfor oppstå en situasjon hvor staten har en forpliktelse i henhold til sitt EU- eller EØS-medlemskap, og en annen – og i hvert fall til en viss grad uforenlig – forpliktelse overfor EMK. På den annen side vil en holdning fra Strasbourgs side som går ut på at statene i slike tilfeller ikke kan holdes konvensjonsansvarlig, bety at deres tilslutning til enten EU eller EØS «fritar» dem fra enkelte av deres EMK-forpliktelser.¹⁷⁰ Dette er *en* side av spørsmålet under EMK.

En annen side av spørsmålet er knyttet til at en prøving fra Menneskerettighetsdomstolens side av EU- eller EFTA-landenes gjennomføring av fellesskaps- eller EØS-rettslige forpliktelser, samtidig innebærer en *indirekte* kontroll med forenligheten med EMK av den aktuelle fellesskaps- eller EØS-retten *selv*. Dette gjelder i særlig grad der statene ikke er innrømmet noen form for skjønn ved implementeringen av de relevante rettsaktene. Både i EF og EØS er en slik skjønnsmessig kompetanse på nasjonale myndigheters hånd spesielt avskåret ved forordninger: I henhold til EF-traktatens artikkel 249, 2.ledd er en forordning «bindende i alle deler» og kommer «direkte til anvendelse» i medlemsstatene, og EØS-avtalens artikkel 7 fastsetter i bokstav a) at en rettsakt som tilsvarende en EF-forordning «som sådan» - det vil si ordrett – skal gjøres til del av EFTA-landenes interne rettsorden. Ved gjennomføringen av direktiver har statene derimot et visst skjønn: Direktiver er bindende med hensyn til sin målsetting, men overlater til nasjonale myndigheter å bestemme «formen og midlene for gjennomføringen», jf. EF-traktatens artikkel 249, 3. ledd og EØS-avtalens artikkel 7 bokstav b).

Jo mer villig Menneskerettighetsdomstolen er til å prøve klager rettet mot EF- eller EFTA-landenes gjennomføring av fellesskaps- eller EØS-retten, jo større grad av overprøving av disse systemenes forhold til EMK vil vi altså stå overfor. Som vi skal se har det i så måte, siden Menneskerettighetskommisjonens avgjørelse i *CFDT* i 1978, funnet sted en betraktelig utvikling i Strasbourg-organenes praksis. I senere avgjørelser fra Menneskerettighetsdomstolen finner vi signaler om en mye mer inngående vurdering av nasjonale myndighetsoverføringer til overnasjonale eller internasjonale organisasjoner enn det som tidligere har vært tilfelle: Etter lang tids nøling synes det nå som om Menneskerettighetsdomstolen med økende intensitet vil holde konvensjonsstatene ansvarlige for beslutninger truffet av overnasjonale eller internasjonale organisasjoner, når disse beslutningene resulterer i krenkelser av EMK-sikrede rettigheter.¹⁷¹

Det til nå siste skuddet på stammen av avgjørelser fra Menneskerettighetsdomstolen angående nasjonal gjennomføring av fellesskapsforpliktelser ble avsagt 30. juni 2005.

¹⁷⁰ Som påpekt av *Falch* (henvisning note 79 ovenfor) s. 464.

¹⁷¹ Harmsen, Robert. *National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate*. I: (2001) 7 EPL s. 625, på s. 627.

Avgjørelsen i *Bosphorus vs. Irland*¹⁷² vil bli behandlet nedenfor i kapittel 12. En gjennomgang av Strasbourg-praksis frem til denne avgjørelsen blir foretatt i kapittel 11. Diskusjonen vil konsentrere seg om de viktigste sakene i et sammensatt materiale.¹⁷³

Menneskerettighetsdomstolen har til nå ikke hatt oppe noen saker der klagen har vært rettet mot EFTA-statenes gjennomføring og håndhevelse av EØS-rettslige regler. Problemstillingen blir derfor om domstolen, dersom den hadde fått spørsmålet opp til behandling, ville ha anlagt en tilsvarende synsvinkel med hensyn til EØS-avtalen som den har gjort i forhold til EU-systemet. Dette vil jeg søke å finne svar på i kapittel 13.

¹⁷² *Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Irland* (GC), no. 45036/98 (ennå ikke inntatt i domssaml.).

¹⁷³ En utførlig gjennomgang av samtlige avgjørelser der fellesskapsrettslige spørsmål har vært involvert ville sprengte rammene for dette kapitlet. For en noe mer detaljert fremstilling frem til 2001, se *Harmsen* (referanse note 168 ovenfor) s. 628-632.

11 Rettspraksis frem til avgjørelsen i *Bosphorus*

Klager rettet mot medlemsstatene angående gjennomføringen av EF-rettslige forpliktelser ble lenge avvist av Strasbourg-organene. I *M & Co. vs. Tyskland*, en avgjørelse avsagt av menneskerettighetskommisjonen, ble en slik klage avvist som uforenlig med EMKs saklige anvendelsesområde.¹⁷⁴ Saken gjaldt en klage fra et tysk selskap som var blitt ilagt en bot av Kommisjonen for overtredelse av EFs konkurranseregler. Forholdet ble brakt inn for EF-domstolen, som ikke ga selskapet medhold i at bøteleggelsen var ugyldig. Selskapet søkte da å hindre tyske myndigheter i å fullbyrde boten, ved å hevde at prosedyren for EF-domstolen hadde krenket dets rettigheter under EMK artikkel 6. I realiteten ble dermed Menneskerettighetsdomstolen bedt om å dømme Tyskland for konvensjonsbrudd begått ved gjennomføringen av en angivelig ulovlig fellesskapshandling.

Menneskerettighetskommisjonen begynte her med å vise til partenenes ansvar for alle konvensjonskrenkelser begått av nasjonale organer «(...) regardless of whether the act or omission in question is a consequence of domestic law regulations or of the necessity to comply with international obligations.»¹⁷⁵ Fra dette utgangspunktet utviklet så kommisjonen en «tilsvarende beskyttelse» («equivalent protection») – test: Overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon er ikke i strid med EMK forutsatt at «(...) within that organization fundamental rights will receive an equivalent protection.»¹⁷⁶ Med andre ord er konvensjonspartene - selv om de kan overføre visse former for kompetanse til internasjonale eller til og med overnasjonale organisasjoner - prinsipielt ansvarlige for å se til at den aktuelle organisasjonen innehar mekanismer som sikrer at myndighetsoverføringen ikke medfører en generell senking av menneskerettighetsbeskyttelsen til under EMKs minstegarantier.¹⁷⁷ I *M & Co.* fant Menneskerettighetskommisjonen imidlertid at slike mekanismer forelå i EF, og at det derfor ville være urimelig å kreve at tyske myndigheter, i hvert enkelt tilfelle før de fullbyrde en fellesskapsrettslig avgjørelse, skulle undersøke om EF-domstolen hadde overholdt garantiene i EMK artikkel 6. Klagen ble dermed avvist.

¹⁷⁴ *M & Co. vs. Tyskland*, no. 13258/87, 64 Decisions & Reports s. 138.

¹⁷⁵ Avgjørelsen s. 51.

¹⁷⁶ Avgjørelsen s. 52.

¹⁷⁷ Slik også *Harmsen* (henvisning note 168 ovenfor) s. 631.

Vi ser at Menneskerettighetskommisjonen her la seg tett opp mot den tyske forfatningsdomstolens («Bundesverfassungsgericht») holdning i den såkalte «*Solange 2*»-avgjørelsen fra 1986.¹⁷⁸ Forfatningsdomstolen uttalte der at

«(...) *so long as* the European Communities, and in particular in the case law of the European Court, generally ensure an effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as *substantially similar* to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will *no longer exercise* its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation (...) and it will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Constitution (...).»¹⁷⁹ (mine uth.)

Bundesverfassungsgericht ville altså ikke benytte sin kompetanse til å prøve lovligheten etter den tyske forfatningen av fellesskapets handlinger så lenge EF *generelt sett* sikret en effektiv beskyttelse av fundamentale rettigheter.

Menneskerettighetskommisjonens holdning i *M & Co.* ble gjenstand for til dels omfattende kritikk. *Harris, O'Boyle og Warbrick* beskrev for eksempel avgjørelsen som «a disappointing surrender of competence by the Strasbourg authorities.»¹⁸⁰ Tilsvarende synspunkter ble fremmet av *Lawson*, som anså Menneskerettighetskommisjonens innfallsvinkel i saken for reelt sett å gi fellesskapet en form for *carte blanche*. I denne forbindelse fremhevet han særlig at avgjørelsen syntes å akseptere risikoen for at menneskerettighetskrenkelser kunne skje i enkeltsaker, så lenge en internasjonal eller overnasjonal organisasjons *samlede* opptreden fremsto som tilfredsstillende. Dette representerte en markert senking av den beskyttelsesstandarden som kreves av konvensjonspartene selv, som selvfølgelig ikke kan påberope seg en samlet sett «god oppførsel» som forsvar mot individuelle krenkelser.¹⁸¹ Også mangeårig president i Menneskerettighetsdomstolen, *Rolv Ryssdal*, uttalte at han hadde «(...) some difficulty in reconciling with such an approach (...).»¹⁸² På den annen side understreker *Harmsen* at

¹⁷⁸ *Re the Application of Wiinsche Handelsgesellschaft*, Bundesverfassungsgericht 22. oktober 1986, CMLR 1987 III s. 225.

¹⁷⁹ Dommens premiss 48.

¹⁸⁰ Harris, D.J. *Law of the European Convention on Human Rights*. D.J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick. London, 1995, s. 28.

¹⁸¹ Lawson, R. A. *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen: Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties*. Kluwer, Deventer, 1999, s. 391-393. Oversatt i Harmsen, Robert. *National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate*. I: (2001) 7 EPL s. 625, på s. 631-632.

¹⁸² Ryssdal, Rolv. On the Road to a European Constitutional Court. I: Collected Courses of the Academy of European Law 1991 Vol. II Book 2, s. 7, på s. 12. Også *Falch*

det er uklart i hvilken grad Menneskerettighetskommisjonens avgjørelse var ment å gjelde utover de spesielle omstendighetene i saken, og at kommisjonen tross alt hevdet et prinsipp om ansvar for EF-landene under EMK. Slik sett kunne avgjørelsen også anses for, i hvert fall potensielt, å åpne veien for en nærmere granskning av fellesskapets handlinger i fremtiden.¹⁸³

Signaler om en slik nærmere vurdering ble gitt i *Matthews vs. Storbritannia*.¹⁸⁴ Saken dreide seg om Storbritannias nektelse av å gi personer bosatt på Gibraltar stemmerett ved Europaparlamentsvalget, noe klageren hevdet utgjorde et brudd på statens forpliktelse til å avholde frie valg etter EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 3. Den britiske holdningen bygget imidlertid på en traktat signert av alle EU-landene angående stemmerett ved valg av representanter til Europaparlamentet, og slik var klagen til EMD egentlig rettet mot et EF-rettslig, heller enn et nasjonalt, tiltak.

EMD innledet her med å uttale at EMK ikke er til hinder for at medlemsstatene overfører myndighet til internasjonale organisasjoner «(...) provided that Convention rights continue to be secured.» Så langt var altså domstolens innfallsvinkel på linje med Menneskerettighetskommisjonens syn i *M & Co*. Straks deretter uttalte imidlertid domstolen at medlemsstatenes ansvar etter konvensjonen «(...) continues even after such a transfer»¹⁸⁵, og påpekte så, under vurderingen av om Storbritannia kunne holdes ansvarlig i dette tilfellet, at 1976-traktaten var et «*atypisk*» EF-rettslig tiltak – det var ikke tale om «vanlig» fellesskapslovgivning, men derimot om en *traktat* inngått innenfor fellesskapets rammer – som ikke kunne prøves av EF-domstolen. Dermed kunne overholdelsen av EMK i dette tilfellet ikke sikres innenfor EF-systemet. Storbritannia var derfor ansvarlig for å sikre at konvensjonsrettighetene ble respektert ved anvendelsen av traktatens bestemmelser: Det forhold at britiske myndigheter ikke hadde mulighet til ensidig å annullere eller endre traktatens innhold var ifølge EMD uten betydning «(...) as the United Kingdom's responsibility derives from its having entered into treaty commitments subsequent to the applicability of Article 3 of Protocol No. 1 to Gibraltar, namely (...) its obligations under (...) the 1976 Act.»¹⁸⁶ Storbritannia hadde frivillig undertegnet traktaten, og hadde dermed også kontroll over de påklagde forholdene – slik sett var situasjonen annerledes enn dersom et av EUs organer, med hjemmel i traktaten,

finner det «oppsiktsvekkende» at Menneskerettighetskommisjonen inntok en såpass passiv holdning. Se *Falch* (referanse note 79 ovenfor) s. 465.

¹⁸³ Harmsen s. 632.

¹⁸⁴ *Matthews vs. Storbritannia* [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I.

¹⁸⁵ Dommens premiss 32.

¹⁸⁶ Dommens premiss 33-34.

hadde utformet bestemmelsene. Til sist kom domstolen til at det forelå et brudd på klagerens rett til å stemme i henhold til tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 3.¹⁸⁷

Avgjørelsen i *Matthews* var, da den falt, den til da sterkeste stadfestelsen av medlemsstatenes ansvar under EMK for fellesskapets handlinger.¹⁸⁸ Ved å fremheve at nasjonale myndigheter beholder et «restansvar»¹⁸⁹ for EMK-rettighetene også på områder der lovgivningsmyndighet har blitt overført til fellesskapet, og ved å vise seg villig til å dømme statene i henhold til dette ansvaret, ga Menneskerettighetsdomstolen klare signaler om en mer «offensiv» holdning overfor konvensjonsstatenes fellesskapsrettslige forpliktelser. Likevel ga dommen grunnlag for visse reservasjoner. Siden saken dreide seg om et «atypisk» EF-rettslig tiltak, i form av en traktat, ga den ikke uten videre holdepunkter for å påstå at medlemsstatene var ansvarlige for de mulige rettighetskrenkelser gjennomføringen av *enhver* fellesskapsrettsakt kunne medføre. Det er forskjell på en situasjon der medlemsstatene *selv* har deltatt i utformingen av et instrument, og frivillig ratifisert dette, og situasjoner der EF-organene utnytter sin traktatbaserte kompetanse til å fatte beslutninger som er bindende for medlemsstatene. Slik sett var det fortsatt uklart om EF-landene også kunne bli pålagt ansvar for handlinger eller unnlatelser fra *fellesskapsinstitusjonene*, særlig dersom disse ikke åpnet for noe skjønn fra nasjonale myndigheters side. Noen «fravikelse» av Menneskerettighetskommisjonens avgjørelse i *M & Co.* – som jo nettopp dreide seg om en beslutning truffet av EF-domstolen – utgjorde *Matthews* dermed ikke.

Videre var det uklart om Menneskerettighetsdomstolen ønsket å opprettholde *M & Co.*-avgjørelsens avgjørende vekt på fellesskapets *samlede* opptreden på menneskerettighetsområdet. I juridisk litteratur argumenterte særlig G. Cohen-Jonathan og J.-F. Flauss, på basis av avgjørelsen i *Matthews*, for at Menneskerettighetsdomstolen i hvert fall med hensyn til EF-rettslig *primærrett*¹⁹⁰ også i fremtiden ville anlegge en slik mer

¹⁸⁷ Domstolen understreket at retten til frie valg ikke kunne tolkes slik at den bare fikk anvendelse på valg til nasjonale eller lokale forsamlinger: Det var nødvendig å vurdere hvert enkelt organ i forhold til den rollen det spilte i den samlede lovgivningsprosessen, uavhengig av om organet var nasjonalt eller internasjonalt. Med hensyn til Europaparlamentet viste domstolen til Maastricht-traktatens regler om en mer sentral rolle for institusjonen i EUs lovgivningsprosess, og fant på denne bakgrunn at parlamentet klart kunne anses som et lovgivende organ hvis handlinger direkte kunne påvirke innbyggerne på Gibraltar. Fordi klageren var blitt nektet enhver mulighet for å stemme ved Europaparlamentsvalget, var det sentrale innholdet (“the very essence”) av retten til å delta i frie valg krenket. Se dommens premiss 36-54 og 60-65.

¹⁸⁸ Påpekt av *Harmsen* (referanse note 168 ovenfor) s. 633.

¹⁸⁹ Uttrykket er hentet fra Steiner, Josephine. *Textbook on EC Law*. Josephine Steiner og Lorna Woods. 8. utg. Oxford, 2003, s. 161.

¹⁹⁰ Forfatterne synes å mene at medlemsstatenes «restansvar» også omfatter beslutninger truffet av fellesskapsorganene *alene*, altså EF-rettslig *sekundærrett*.

«generell» synsvinkel: Kun dersom det ikke fantes noen effektiv juridisk mekanisme for å påtale og rette opp igjen en krenkelse av fundamentale rettigheter, ville domstolen etter forfatterens mening statuere et brudd på EMK.¹⁹¹ Dette var jo nettopp situasjonen i *Matthews*: EF-domstolen har ikke kompetanse til å sette til side fellesskapsrettslig primærrett, altså traktatbestemmelser.

Harmsen argumenter imidlertid like fullt med at *Matthews* signaliserte begynnelsen på et «paradigmeskifte» i Strasbourgs holdning til medlemsstatenes ansvar. Slik han ser det kan signalene i avgjørelsens premisser tyde på at «(...) the moment may be ripe for the decisive assertion of a relatively expansive principle of review».¹⁹²

Harmsens artikkel ble skrevet i 2001, før avgjørelsen i *Bosphorus vs. Irland*. Vi har derfor nå holdepunkter for å si om et «paradigmeskifte» i Menneskerettighetsdomstolens praksis faktisk har funnet sted, eller om man i Strasbourg fortsatt utviser forsiktighet på området for konvensjonsstatenes fellesskapsrettslige forpliktelser. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

¹⁹¹ Cohen-Jonathan, G. og Flauss, J.-F. *A propos de l'arrêt Matthews c. Royaume-Uni (18 février 1999)*. (1999) 35 *Revue trimestrielle de droit européen*, No. 4 s. 637, på s. 643-644. Oversatt i *Harmsen* (referanse note ? ovenfor) s. 633-634.

¹⁹² *Harmsen* s. 634.

12 Bosphorus vs. Irland

Bosphorus vs. Irland dreide seg om en fellesskapsforordnings forhold til rettighetsgarantiene i EMK. I henhold til EF-traktatens artikkel 249, 2. ledd har medlemsstatene som nevnt ikke noe skjønn ved den nasjonale gjennomføringen av forordninger – slike rettsakter er «bindende i alle deler». I *Cantoni vs. Frankrike*¹⁹³, en avgjørelse *Harmsen*¹⁹⁴ anser som «forløperen» til *Matthews*, fant Menneskerettighetsdomstolen at det faktum at de påklagede nasjonale lovbestemmelsene implementerte et EF-direktiv ikke fjernet dem «(...) from the ambit of Article 7 of the Convention.»¹⁹⁵ Det var imidlertid klart at bestemmelsenes definisjon av en «straffbar handling», som var problemet i forhold til EMK artikkel 7, hovedsakelig hadde vært opp til fransk rett og fransk rettspraksis. Dermed var sammenhengen mellom nasjonal rett og fellesskapsretten mye svakere i *Cantoni* enn i *Bosphorus* – direktiver overlater jo også til myndighetene i medlemsstatene å bestemme «formen og midlene» for den interne gjennomføringen, jf. EF-traktatens artikkel 249, 3. ledd. Det spørsmålet Menneskerettighetsdomstolen tok stilling til i *Bosphorus*, var med andre ord både uavklart og kontroversielt.

Avgjørelsen inneholder to hovedpoenger. Det første, spørsmålet om statene kan holdes ansvarlige under EMK for deres nasjonale gjennomføring og håndhevelse av forordninger, blir behandlet nedenfor i avsnitt 12.2. Det andre poenget, domstolens vurdering av om EU gir en «tilsvarende» rettighetsbeskyttelse som EMK, behandles i avsnitt 12.3. Først vil jeg imidlertid gi et sammendrag av sakens forholdsvis kompliserte faktum.

12.1 Sakens faktum

Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i *Bosphorus* dreide seg om EF-forordning nr. 990/93 som gjennomførte i fellesskapsretten Sikkerhetsrådsresolusjon 820 (1993) om sanksjoner mot det tidligere Jugoslavia. Resolusjon 820 bestemte blant annet at stater skulle beslaglegge alle fly på deres territorier «in which a majority or controlling interest is held by a person or undertaking in or operating from» det tidligere Jugoslavia. Tiltaket

¹⁹³ *Cantoni vs. Frankrike*, no. 17862/91, ECHR 1996-V.

¹⁹⁴ Se *Harmsen* (referanse note 168 ovenfor) s. 632-633, der det også foretas en nærmere gjennomgang av avgjørelsen.

¹⁹⁵ Dommens premiss 30.

var del av en serie FN-sanksjoner mot Serbia og Montenegro, vedtatt for å tiltale den væpnede konflikten og de massive menneskerettighetskrenkelsene som fant sted i den tidligere republikken. EF implementerte samtlige av disse sanksjonene.

I april 1992 leide klageren i saken, et tyrkisk charterselskap, to Boeing 737-300-fly av Yugoslav Airlines, det nasjonale flyselskapet i det tidligere Jugoslavia. I januar 1993 startet klageren forhandlinger med TEAM Aer Lingus med tanke på å få utført vedlikeholdsarbeid på et av de leide flyene. TEAM var et datterselskap av to irske flyselskaper som igjen var totaleid av den irske stat. På bakgrunn av det gjeldende sanksjonsregimet ba TEAM det irske transportdepartementet om en uttalelse angående vedlikeholdskontrakten, og transportdepartementet sendte forespørselen videre til utenriksdepartementet. Dette besluttet igjen å forhøre seg med FNs sanksjonskomité.

I mai 1993 ankom et av klagerens leide fly Dublin, og en kontrakt angående vedlikeholdsarbeidet ble inngått med TEAM. Etter at arbeidet var ferdigstilt, og klageren hadde fått beskjed om at flyet ville bli frigitt ved betaling av kontraktssummen, fikk TEAM beskjed om at det etter sanksjonskomiteens mening ville være i strid med resolusjon 820 (1993) å la flyet ta av. På denne bakgrunn ble klagerens fly stanset, og holdt tilbake inntil videre på flyplassen i Dublin. Etter at EF 4. juni 1993 hadde vedtatt forordninger angående forbud mot handel med det tidligere Jugoslavia, informerte den irske transportministeren Dublin Airport om at han i henhold til disse forordningene hadde autorisert beslagleggelsen av klagerens fly. I august 1993 avgjorde FNs sanksjonskomité, etter at tyrkiske myndigheter hadde krevd at flyet skulle utleveres til Tyrkia, at flyet måtte forbli i Irland. Selv om også Tyrkia ville beslaglegge flyet i overensstemmelse med sanksjonsregimet, forpliktet de relevante resolusjonene irske myndigheter til å forhindre all service på flyet, også tjenester som ville sette det i stand til å fly.

Klageren brakte saken inn for irske domstoler. Selskapet hevdet for det første at det var galt av irske myndigheter å gi forordning (EF) nr. 990/93, som også var gjeldende irsk rett, anvendelse på de leide flyene. For det andre mente selskapet at forordningens bestemmelser krenket dets rett til å nyte sin eiendom i fred, beskyttet ved EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 1, samt retten til fritt å drive økonomisk aktivitet. Under behandlingen av saken for den irske høyesterett ble spørsmålet om tolkningen av forordning (EF) nr. 990/93 forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse.¹⁹⁶ EF-domstolen fant at forordningen omfattet en slik leieordning som klageren hadde inngått, slik at det var riktig av irske myndigheter å gi den anvendelse i hovedsaken. Med hensyn til anførselen om brudd på fundamentale rettigheter pekte domstolen på at de påberopte

¹⁹⁶ Sak C-84/95, *Bosphorus vs. Minister for Transport, Energy and Communications and others*, Sml. 1996 s. I-3953.

rettighetene ikke var absolutte, men derimot «(...) may be subject to restrictions justified by objectives of general interest pursued by the Community (...)»¹⁹⁷ Forordning nr. 990/93, som bidro til å gjennomføre FNs sanksjonsregime mot det tidligere Jugoslavia på fellesskapsnivå, ivaretok et mål med svært stor gjennomslagskraft:

«As compared with an objective of general interest so fundamental for the international community, which consist of putting an end to the state of war in the region and to the massive violations of human rights and humanitarian international law in the Republic of Bosnia-Herzegovina, the impounding of the aircraft in question (...) cannot be regarded as inappropriate or disproportionate.»¹⁹⁸

På bakgrunn av denne uttalelsen fra EF-domstolen fikk klageren ikke medhold i den irske høyesterett.

Spørsmålet for Menneskerettighetsdomstolen var om Irland hadde krenket EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 1 ved å anvende EFs forordning nr. 990/93 overfor klageren. Siden forordninger etter EF-traktatens artikkel 249, 2. ledd er «bindende i alle deler» og kommer «direkte til anvendelse» i medlemsstatene, var det her ikke tale om noe skjønn for irske myndigheter ved gjennomføringen i nasjonal rett. Med andre ord måtte Menneskerettighetsdomstolen ta stilling til forordningen slik denne var vedtatt av EU-organene: Domstolen sier selv at dommen «(...) concerns the provisions of European Community law (...) of the «first pillar» of the European Union.»¹⁹⁹

Det var enighet i saken om at beslagleggelsen av flyet utgjorde et inngrep i klagerens eiendom, det vil si den økonomiske verdien av flyleiekontrakten. Spørsmålet var derfor om inngrepet kunne rettferdiggjøres i hensynet til allmennhetens interesse under protokoll 1 artikkel 1. I dette tilfellet besto den allmenne interessen i Irlands overholdelse av sine EF-rettslige forpliktelser, en interesse som ifølge Menneskerettighetsdomstolen var både legitim og av betydelig vekt: Domstolen viste her til at den lenge hadde «(...) recognised the growing importance of international co-operation and of the consequent need to secure the proper functioning of international organisations (...)» Slike betraktninger var særlig viktige for en overnasjonal organisasjon som EF, og domstolen hadde «(...) accordingly accepted that compliance with EC law by a Contracting Party constitutes a legitimate general interest objective within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (...)»²⁰⁰ Etter dette definerte domstolen hovedspørsmålet i saken som i hvilken grad den legitime allmenne interessen i å overholde fellesskapsforpliktelser kunne rettferdiggjøre

¹⁹⁷ EF-domstolens dom premiss 21, EMDs dom premiss 54.

¹⁹⁸ EF-domstolens dom premiss 26, EMDs dom premiss 54.

¹⁹⁹ EMD premiss 72.

²⁰⁰ EMD premiss 150. Se for øvrig sakene *Waite og Kennedy vs. Tyskland*, no. 26083/94, ECHR 1999-I og *S.A. Dangeville vs. Frankrike*, no. 36677/97, ECHR 2002-III.

Irlands inngrep i klagerens eiendomsrettigheter. Med andre ord sto man overfor et spørsmål om omfanget av statens konvensjonsansvar.

12.2 Ansvar for gjennomføringen av forordninger?

Menneskerettighetsdomstolen innledet i *Bosphorus* med å gjenta doktrinen fra *M. & Co.* og *Matthews* om at EMK ikke hindrer statene i å overføre myndighet til internasjonale eller overnasjonale organisasjoner. Samtidig fremhevet den at det ville være uforenlig med konvensjonens formål og hensikt å frita statene fullstendig for konvensjonsansvar på de områdene som var dekket av myndighetsoverføringen. Ansvarer blir derfor, som fastslått i *Matthews*, liggende hos konvensjonsstatene også etter en slik overføring.²⁰¹ I tråd med *M. & Co.* fortsatte så domstolen med å uttale at statenes overholdelse av rettslige forpliktelser overfor slike organisasjoner

«(...) is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered *at least equivalent* to that for which the Convention provides (...).» (min uth.)

«Equivalent» ble så presisert til å bety «comparable» og ikke «identical», men, fremhevet domstolen, «(...) any such finding of equivalence could not be final and *would be susceptible to review* in the light of any relevant change in fundamental rights' protection.»²⁰² (min uth.) En konklusjon om at en internasjonal eller overnasjonal organisasjon på et bestemt tidspunkt gir en tilfredsstillende beskyttelse av fundamentale rettigheter, er med andre ord ikke til hinder for at en ny vurdering, muligens med et annet utfall, senere blir foretatt.

Så langt var altså *Bosphorus* i det store og hele på linje med tidligere rettspraksis angående konvensjonsstatenes ansvar, skjønt presiseringen av «equivalent» og denne vurderingens midlertidige karakter ikke var blitt like klart uttrykt i foregående avgjørelser. I neste premiss sa imidlertid domstolen noe prinsipielt helt nytt:

«If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation.

However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international co-operation

²⁰¹ Premiss 152-154.

²⁰² Premiss 155.

would be outweighed by the Convention's role as a «constitutional instrument of European public order» in the field of human rights (...).»²⁰³

Dersom en internasjonal organisasjon anses for å gi «tilsvarende beskyttelse» («equivalent protection») for individuelle rettigheter som det EMK gjør, foreligger det altså en *presumpsjon* for at statene overholder konvensjonsbestemmelsene når de gjennomfører rettslige forpliktelser utledet av organisasjonsmedlemskapet. Vi ser her at Menneskerettighetsdomstolens holdning klart avviker fra det synet Menneskerettighetskommisjonen inntok i *M & Co.*: I stedet for å *avvise* saken fordi fellesskapet gir en «tilsvarende» rettighetsbeskyttelse som EMK, og slik totalt avskjære muligheten for å holde medlemsstaten ansvarlig i det aktuelle tilfellet, oppstiller domstolen kun en *presumpsjon* for at staten ikke krenker konvensjonsrettighetene. Presumpsjonen kan så motbevises i konkrete tilfeller. Med dette har Menneskerettighetsdomstolen nettopp gitt seg selv muligheten til å kunne idømme statene ansvar dersom den finner at dette er nødvendig for å opprettholde rettighetsgarantiene i EMK.

Vilkåret for at presumpsjonen for konvensjonsoverholdelse skal kunne motbevises, er at rettighetsbeskyttelsen i et konkret tilfelle har vært «åpenbart mangelfull» («manifestly deficient»). Vilkåret er etter sin ordlyd strengt, og Menneskerettighetsdomstolen gir ikke noen nærmere beskrivelse av kriteriene for at det skal være oppfylt. Veiledning er imidlertid å finne i en uttalelse til *Bosphorus* utarbeidet av den deltakende dommer Ress.²⁰⁴ Han forstår innholdet av «manifestly deficient»-betingelsen slik at den vil være tilfredsstilt dersom det i en bestemt sak ikke har funnet sted noen adekvat form for menneskerettslig kontroll. Dette vil være tilfelle når EF-domstolen mangler prøvelseskompetanse, når den har vært for restriktiv i sin tolkning av privates søksmålskompetanse, og – spesielt interessant - «(...) where there has been an obvious misinterpretation or misapplication by the ECJ of the guarantees of the Convention right.»²⁰⁵ Det siste alternativet utdyper Ress slik at

«(...) the protection of the Convention right would be manifestly deficient if, in deciding the key question in a case, the ECJ were to depart from the interpretation or the application of the Convention or the Protocols that had already been the subject of *well-established* ECHR case-law. (...) In other cases concerning *new questions* of interpretation or application of a Convention right, it may be that the ECJ would decide in a way which the ECHR would not be prepared to follow in future cases, but in such cases it would be difficult to say that the deficiency was already manifest. But even that result should not be excluded *ab initio*.»²⁰⁶ (mine uth.)

²⁰³ Premiss 156.

²⁰⁴ Concurring opinion of Judge Ress. *Bosphorus vs. Irland* s. 38.

²⁰⁵ Uttalelsens premiss 3.

²⁰⁶ l.c.

Dommer Ress er altså av den oppfatning at i tilfeller der EF-domstolen har lagt til grunn en *åpenbar* feiltolkning av rettighetsgarantiene i EMK, må også beskyttelsen av disse rettighetene anses for å ha vært «manifestly deficient». I begrepet «åpenbar» ligger det, som det fremgår av dommerens votum, at det må være tale om en fravikelse av veletablert og sikker praksis fra Menneskerettighetsdomstolen. Dersom spørsmålet er åpent og mer usikkert – eller overhodet ikke behandlet før – vil kriteriet «manifestly deficient» følgelig vanskeligere være oppfylt. Ress utelukker imidlertid ikke helt at dette kan være tilfelle.²⁰⁷

I hvilken grad denne ene dommerens synspunkter er representative for Menneskerettighetsdomstolen som helhet, og følgelig kan legges til grunn som forholdsvis sikker rett, er imidlertid uklart. Av en annen uttalelse til *Bosphorus*, skrevet av seks dommere i fellesskap,²⁰⁸ fremgår det at i hvert fall enkelte av domstolens øvrige medlemmer har et annet syn på innholdet av «manifestly deficient»-kriteriet. Uttalelsen fremhever at

«[i]n spite of its relatively undefined nature, the criterion "manifestly deficient" appears to establish a relatively *low threshold*, which is in marked contrast to the supervision generally carried out under the European Convention on Human Rights.»²⁰⁹ (min uth.)

Jeg har nå gjennomgått betingelsene for at presumpsjonen for konvensjonsoverholdelse kan motbevises. Det er imidlertid viktig å merke seg at presumpsjonsregelen ikke gjelder i alle tilfeller. For at den skal komme til anvendelse, må den aktuelle staten ifølge Menneskerettighetsdomstolen ha gjort «(...) *no more than implement legal obligations* flowing from its membership of the organisation.»²¹⁰ (mine uth.) I avgjørelsens premiss 157 utdyper domstolen hva dette vilkåret nærmere bestemt innebærer:

«It remains the case that a State would be fully responsible under the Convention for all acts falling outside its *strict international legal obligations*. [min uth.] The numerous Convention cases cited by the applicant (...) confirm this. Each case (in particular, the *Cantoni* judgment (...)) concerned a review by this Court of the exercise of State discretion for which EC law provided. (...)The *Matthews* case can also be distinguished: the acts for which the United Kingdom was found responsible were «international instruments which were freely entered into» by it (...).»

For at en nasjonal gjennomføringshandling skal kunne dekkes av presumpsjonsregelen, må altså handlingen falle inn under statens internasjonale rettsforpliktelser i snever

²⁰⁷ Det er vel grunn til å tro at EF-domstolen i slike tilfeller i hvert fall må ha gjort seg skyldig i et forholdsvis klart brudd med den etablerte fremgangsmåten for tolkning av EMK.

²⁰⁸ Joint concurring opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky and Garlicki. *Bosphorus vs. Irland* s. 35.

²⁰⁹ Uttalelsens premiss 4.

²¹⁰ Dommens premiss 156.

forstand. Dette innebærer for det første at handlingen ikke må gjennomføre instrumenter som staten *frivillig* har trådt inn i. Med andre ord faller ikke implementeringen av internasjonal *primærrett*, altså traktater og konvensjoner *i seg selv*, inn under presumpsjonen: Det må være tale om beslutninger som *internasjonale organer* har vedtatt med hjemmel i primærretten.²¹¹ For det andre må handlingen ikke være et utslag av et eventuelt *skjønn* for nasjonale myndigheter ved gjennomføringen av forpliktelsene, tillatt av den internasjonale organisasjonen.²¹² For EU-landenes del skulle dette siste innebære at implementeringen av direktiver, som i henhold til EF-traktatens artikkel 249, 3 ledd overlater til nasjonale myndigheter «å bestemme formen og midlene for gjennomføringen» dekkes av presumpsjonsregelen, mens forordninger, som etter artikkel 249, 2. ledd er «bindende i alle deler», faller utenfor. Forordninger behøver jo for øvrig heller ikke å implementeres i nasjonal rett – de kommer «direkte til anvendelse i alle medlemsstater.» En sammenholding av *Bosphorus* med Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i *Cantoni* viser jo nettopp at dette er tilfelle.

12.2.1 Oppsummering

Dersom en internasjonal eller overnasjonal organisasjon – i dette tilfellet EU – gir en «tilsvarende beskyttelse» av fundamentale rettigheter som det EMK gjør, foreligger det i henhold til *Bosphorus* en *presumpsjon* for at statene overholder sine konvensjonsforpliktelser – slik at det ikke foreligger noe brudd på EMK – når de *ikke gjør noe mer* enn å gjennomføre *rene* forpliktelser som følger av medlemskapet i den aktuelle organisasjonen. Presumpsjonen kan imidlertid motbevises i konkrete tilfeller.

Ved å begrense «Bosphorus-regelen» til tilfeller der statene gjennomfører sine internasjonale forpliktelser i *snever forstand*, har Menneskerettighetsdomstolen samtidig opprettholdt avgjørelsen i *Matthews*. Denne og *Bosphorus* står dermed nå «side om side», noe som må innebære at presumpsjonsregelen ikke gjelder i tilfeller der statene anvender EF-rettslig *primærrett*. Videre gjelder det heller ingen presumpsjon for konvensjonsoverholdelse dersom nasjonale myndigheter har hatt et visst *skjønn* ved gjennomføringen av fellesskapsrettslig sekundærrett.

Menneskerettighetskommisjonens avgjørelse i *M & Co.* må nå anses for å være klart fraveket. Dette kommer jeg tilbake til i avsnitt 12.4.

²¹¹ Sml. *Matthews* (behandlet ovenfor i kapittel 11).

²¹² Sml. *Cantoni* (referanse ovenfor i note 190).

12.3 Gir EU en «tilsvarende» rettighetsbeskyttelse som EMK?

Siden beslagleggingen av klagerens fly kun utgjorde en oppfyllelse av Irlands *snevre forpliktelser* som EU-medlem – det var som nevnt tale om anvendelsen av en forordning – var det avgjørende momentet i *Bosphorus*-saken hvorvidt EF-retten sikret en «tilsvarende» rettighetsbeskyttelse som EMK, slik at det forelå en presumpsjon for at irske myndigheter hadde overholdt sine konvensjonsforpliktelser.

Menneskerettighetsdomstolen merket seg her EF-domstolens doktrine om at fundamentale rettigheter inngår i fellesskapsrettens alminnelige rettsprinsipper, og spesielt det at EMK har en «særlig betydning» som kilde til rettighetenes innhold. Videre fremhevet den at respekt for fundamentale rettigheter er blitt en betingelse for gyldigheten av fellesskapsrettslige handlinger, og at EF-domstolen ved denne vurderingen i utstrakt grad viser til bestemmelser i EMK og til Menneskerettighetsdomstolens praksis. Dette er stadfestet i EU-traktatens artikkel 6 nr. 2, som sier at unionen skal respektere de grunnleggende rettigheter «slik de er sikret i [EMK]». Samtidig gir EU-traktatens artikkel 7 unionsinstitusjonene mulighet til å treffe tiltak mot en medlemsstat som «alvorlig og vedvarende» bryter blant annet menneskerettighetene. Endelig viste Menneskerettighetsdomstolen til at EUs Charter for fundamentale rettigheter – selv om det ikke er rettslig bindende - er betydelig inspirert av EMK, og til at den nye Forfatningstraktatens artikkel I-9 uttrykker at unionen, dersom traktaten trår i kraft, skal tiltre konvensjonen.²¹³

Samtidig fremhevet imidlertid domstolen at «(...) the effectiveness of such substantive guarantees of fundamental rights depends on the mechanisms of control in place to ensure observance of such rights.»²¹⁴ Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at et rettssystem inneholder regler om rettighetsvern, dersom det ikke samtidig finnes kontrollmekanismer som sikrer at rettighetene faktisk blir overholdt. I denne forbindelse fremhevet Menneskerettighetsdomstolen at EF-retten kun innrømmer private en begrenset søksmålskompetanse. Domstolen kom likevel til at kontrollmekanismene i fellesskapet alt i alt er tilstrekkelige: Dette skyldtes særlig den utfyllende rollen som nasjonale domstoler, gjennom prinsippene om EF-rettens forrang og både direkte og indirekte virkning, spiller i håndhevelsen av fellesskapsretten og dens menneskerettighetsgarantier. Som Menneskerettighetsdomstolen uttrykte det: «(...) it is essentially through the national courts that the Community system provides a remedy to individuals against a Member State or another individual for a breach of EC law (...).»²¹⁵ Samtidig var det viktig at EF-domstolen kan

²¹³ Se premiss 159.

²¹⁴ Premiss 160.

²¹⁵ Premiss 164.

kontrollere de nasjonale domstolenes anvendelse av fellesskapsretten, særlig gjennom prosedyren for prejudisielle avgjørelser i EF-traktatens artikkel 234.

På denne bakgrunn fant Menneskerettighetsdomstolen at «(...) the protection of fundamental rights by EC law *can be considered to be, and to have been at the relevant time, «equivalent» (...) to that of the Convention system.*»²¹⁶ (min uth.) Dermed forelå det en presumpsjon for at irske myndigheter overholdt EMKs krav da de gjennomførte sine fellesskapsrettslige forpliktelser. Menneskerettighetsdomstolen fant heller ikke presumpsjonen motbevist i dette tilfellet: Den uttalte at den hadde hatt «(...) regard to the nature of the interference, to the general interest pursued by the impoundment and by the sanctions regime and to the ruling of the ECJ (...)», og at det ikke var tale om noen «(...) dysfunction of the mechanisms of control of the observance of Convention rights.»²¹⁷ Beskyttelsen av klagerens konvensjonsrettigheter kunne derfor ikke sies å ha vært «manifestly deficient», og følgelig forelå det ikke noe brudd på EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 1.

12.4 Et «paradigmeskifte»?

Bekrefter så *Bosphorus*-avgjørelsen Harmsens spådom om et «paradigmeskifte» i retning av et forholdsvis vidstrakt overprøvingsprinsipp? Har Menneskerettighetsdomstolen inntatt en mer «offensiv» holdning overfor EF-retten? Som et utgangspunkt er det klart at domstolen ved å fastslå at det tyrkiske selskapets klage falt inn under EMKs saklige anvendelsesområde («*ratione materiae*»), og slik uttrykkelig anerkjente sin kompetanse til å prøve forenligheten med konvensjonen av et nasjonalt tiltak gjennomført på bakgrunn av en fellesskapsforordning, tydelig fjernet seg fra avgjørelsen i *M. & Co.* Der ble jo et liknende tilfelle avvist nettopp på grunn av manglende saklig kompetanse. Med andre ord har Menneskerettighetsdomstolen nå, ved ikke å anvende fellesskapets eventuelt tilfredsstillende vern om fundamentale rettigheter som en avvisningsgrunn, klart fraveket den «Solange 2-holdningen» som Menneskerettighetskommisjonen bekjente seg til. Slik sett kan *Bosphorus* også tyde på at domstolen er i ferd med å endre sin tidligere noe forsiktige holdning til statenes øvrige internasjonale forpliktelser: Som nevnt innledningsvis innebærer en større grad av villighet fra EMDs side til å prøve slike saker, også en økt grad av indirekte overprøving av den aktuelle organisasjonens bestemmelser.

Det er likevel enkelte elementer ved Menneskerettighetsdomstolens fremgangsmåte i *Bosphorus* som – i hvert fall tilsynelatende – demper avgjørelsens «offensive» preg. Domstolens vurdering av om EF-systemet gir et «tilsvarende» rettighetsvern som EMK er

²¹⁶ Premiss 165.

²¹⁷ Premiss 166.

fortsatt forholdsvis generell, knyttet til de formelle bestemmelsene og kontrollmekanismene i fellesskapsretten heller enn til den konkrete anvendelsen av EMK i enkeltsaker. Ved videre å presisere uttrykket «equivalent protection» til å bety «comparable» («sammenliknbar») og ikke «identical» («identisk»), beskyttelse²¹⁸ synes Menneskerettighetsdomstolen ennå å akseptere at det kan oppstå ulike standarder for rettighetsvern etter EU-retten og EMK, og, derigjennom, ulike forpliktelser for de av konvensjonsstatene som er EU-medlemmer og de som ikke er det. Dette underbygges av at kriteriet for å anse presumpsjonen for statlig konvensjonsoverholdelse motbevist - «åpenbart mangelfull» rettighetsbeskyttelse i enkeltsaker – i hvert fall etter sin ordlyd er forholdsvis strengt. Slik sett kan noe av den samme kritikken som ble fremsatt mot avgjørelsen i *M. & Co.* også rettes mot *Bosphorus*-dommen.

I denne sammenheng er det imidlertid viktig å fremheve domstolens uttalelse om at en eventuell vurdering av en bestemt internasjonal organisasjons rettighetsvern som «tilsvarende» EMK «(...) could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights' protection.»²¹⁹ Dommer Ress²²⁰ uttaler i sitt votum at *Bosphorus*-avgjørelsen derfor ikke bør ses på som et skritt på veien mot en «dobbel standard», fordi

«[t]he concept of a presumption of Convention compliance should not be interpreted as excluding a case by case review by this Court of whether there was really a breach of the Convention. (...) [I]t is to be expected in future cases that the presumption of Convention compliance should and will be enriched by considerations about the level and intensity of protection of a specific fundamental right guaranteed by the Convention. (...) [O]ne can not say for once and for all that, in relation to all Convention rights, there is already such a presumption of Convention compliance because of the mere formal system of protection by the ECJ.»²²¹

Videre uttaler Ress at han heller ikke ser motbevisningskriteriet «manifestly deficient» som et stort problem i forhold til en «dobbel» rettighetsstandard, fordi kriteriet etter hans mening nettopp vil være oppfylt dersom EF-domstolen unnlater å ta til følge etablert rettspraksis fra Menneskerettighetsdomstolen.²²²

²¹⁸ Se dommens premiss 155.

²¹⁹ I.c.

²²⁰ Henvisning ovenfor i note 201.

²²¹ Uttalelsens premiss 2.

²²² Uttalelsens premiss 3. Se for øvrig drøftelsen av «manifestly deficient»-kriteriet ovenfor i avsnitt 12.2.

Også seks av de øvrige dommerne i *Bosphorus* fremhever i sin felles uttalelse²²³ at Menneskerettighetsdomstolen ikke bør ha et for ensidig fokus på EUs generelle og formelle rettighetsgarantier. De påpeker at

«[f]or the Court to leave to the EU's judicial system the task of ensuring «equivalent protection», without retaining a means of verifying on a case-by-case basis that that protection is indeed «equivalent», would be tantamount to consenting tacitly to substitution, in the field of Community law, of Convention standards by a Community standard which might be inspired by Convention standards but whose equivalence with the latter would no longer be subject to authorized scrutiny.»²²⁴

På denne bakgrunn fremhever dommerne at det er «(...) necessary to remain vigilant».²²⁵ Sammenholdt med dommer Ress' uttalelse viser dette at i hvert fall enkelte av Menneskerettighetsdomstolens medlemmer er tilhengere av en aktiv bruk av adgangen til å statuere konvensjonsbrudd i den enkelte sak.

Menneskerettighetsdomstolens stadfestelse av sin rett til å holde medlemsstatene ansvarlige også for handlinger begått av EF-institusjonene selv kan etter dette absolutt sees som en «advarsel» til fellesskapet om at dets handlinger – selv om det ikke *i seg selv* kan holdes ansvarlig - ikke er unntatt Strasbourg-systemets overoppsyn. Til tross for at premissene i *Bosphorus* isolert sett kan tyde på en fortsatt noe forsiktig fremtreden fra Menneskerettighetsdomstolens side, viser uttalelsene sitert ovenfor at det også er stemmer i Strasbourg som taler for en mer inngående vurdering av fellesskapets opptreden på menneskerettighetsområdet. Om denne holdningen vil få gjennomslag, vil for det første avhenge av domstolens villighet til eventuelt - «in the light of any relevant change in fundamental rights' protection» - å revurdere sin konklusjon om samsvar mellom EFs og EMKs rettighetsbeskyttelse. For det andre, og kanskje særlig, vil det ha betydning hvordan kriteriet «manifestly deficient» blir anvendt. Svaret på om vi står overfor et «paradigmeskifte» i Menneskerettighetsdomstolens praksis ligger dermed fortsatt mye i fremtiden.

²²³ Henvisning ovenfor i note 205.

²²⁴ Uttalelsens premiss 3 i.f.

²²⁵ Uttalelsens premiss 4 i.f.

13 Menneskerettighetsdomstolens antatte holdning til EØS

13.1 Innledning

Spørsmålet i dette kapitlet – og for så vidt i forhold til avhandlingens overordnede problemstilling – er hvordan Menneskerettighetsdomstolen ville forholdt seg dersom den mottok en klage rettet mot et EFTA-lands gjennomføring av sine EØS-rettslige forpliktelser. Ville domstolen latt «Bosphorus-regelen» få anvendelse også i forhold til EØS-samarbeidet? En slik holdning ville i tilfelle medføre at et eventuelt «tilsvarende rettighetsvern» i EØS som i EMK samtidig ga grunnlag for en presumpsjon for at den aktuelle EFTA-staten handlet i overensstemmelse med konvensjonens rettighetsgarantier. Betingelsen ville selvfølgelig være at staten ikke gjorde noe annet enn å gjennomføre sine EØS-forpliktelser i snever forstand, jf. Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i *Matthews* og *Cantoni*.

I *Bosphorus* la Menneskerettighetsdomstolen, med henvisning til *M. & Co.* og *Matthews*, avgjørende vekt på to forhold. For det første fremhevet den at EU-landene har overført deler av sin suverene myndighet til en internasjonal organisasjon, EF. For det andre var det vesentlig at fellesskapet på en tilfredsstillende måte sikrer fundamentale rettigheter. Svaret på kapitlets problemstilling vil følgelig bero på hvordan disse momentene slår ut i forhold til EØS. I avsnitt 13.2 tar jeg for meg momentet «overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon», og i avsnitt 13.3 vil jeg vurdere om EØS-avtalen – sett fra Menneskerettighetsdomstolens synspunkt og sammenliknet med EU-systemet – gir et «tilsvarende rettighetsvern» som EMK.

13.2 Overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon?

Hva angår det første momentet, overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon, forplikter EØS-avtalens artikkel 108 EFTA-statene til å opprette et uavhengig overvåkningsorgan og en domstol. I henhold til ODA-avtalens protokoll 6 og 7 kan disse organene inngå traktater, ha eiendom og være part i rettssaker, og ved slik å være tillagt rettslig handleevne er de å anse som internasjonale organisasjoner. Dette innebærer imidlertid ikke at også EØS *som sådan* er en internasjonal organisasjon: EØS-avtalen

inneholder ingen bestemmelser som gir EØS handleevne *i seg selv*.²²⁶ Videre - og kanskje viktigere - er som nevnt EØS-avtalen en formelt folkerettslig traktat, som ikke overfører suverenitet i form av lovgivningskompetanse til overnasjonale organer. All EØS-relevant fellesskapslovgivning må implementeres i EFTA-landenes interne rettssystemer, etter å ha bli inntatt i EØS-avtalen ved enstemmig beslutning i EØS-komiteen, jf. EØS-avtalens artikkel 102 jf. 93 nr. 2.

I *Bosphorus* uttalte Menneskerettighetsdomstolen at EU-landenes gjennomføring av sine fellesskapsrettslige forpliktelser var en tungtveiende legitim interesse, fordi domstolen lenge hadde «(...) recognised the growing importance of international co-operation and (...) the consequent need to secure the proper functioning of international organisations (...)» Dette var særlig viktig «(...) for a supranational organisation such as the EC.»²²⁷ Vi ser dermed at den vesentlige forskjellen mellom EF og EØS hva angår overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon medfører at begrunnelsen for å statuere en presumpsjon for EMK-forenlighet ikke kan anvendes fullt ut i forhold til EFTA-landene. For deres del kan det heller fremstå som naturlig å se hen til prinsippet fra *Matthews*²²⁸ om at internasjonale traktater må være i overensstemmelse med EMK, og at statene er fullt ut ansvarlige under konvensjonen for forpliktelser de frivillig har påtatt seg ved slike instrumenter. Siden prinsippet om at EMK artikkel 1 ikke skiller mellom ulike typer regler og handlinger, og ikke unntar noen del av konvensjonsstatenes «myndighetsområde» fra Menneskerettighetsdomstolens granskning, nå også gjelder – om enn i en litt «neddempet» form – i forhold til fellesskapsretten, bør det, med tanke på de nevnte forskjellene mellom EØS og EU, i enda sterkere grad gis anvendelse på EFTA-landenes oppfyllelse av sine EØS-rettslige forpliktelser.²²⁹

På den annen side kan det stilles spørsmål ved hvor stor den *reelle* forskjellen mellom EU og EØS på dette punktet egentlig er. Som nevnt innledningsvis kan EØS-konstruksjonen sies å inneholde et «strukturelt spenningsforhold» mellom tradisjonell folkerett og overnasjonalitet, noe som blant annet skyldes at store deler av innholdet er kopiert fra den overnasjonale EF-retten. Slik er medlemsstatene innenfor begge systemer langt på vei bundet av de samme regler. Videre er EFTA-landenes formelle frihet til ikke å forplikte seg til nye fellesskapsrettsakter en realitet med viktige begrensninger: Ved EØS-avtalens artikkel 102 er det vedtatt prosedyrer som reelt sett gjør det nesten umulig å motsette seg ny lovgivning fra EU. Etter artikkel 102 nr. 5 er virkningen av et «veto» fra en av EØS-avtalepartene at «(...) den berørte del av vedlegget (...) betraktes som

²²⁶ Som påpekt av *Falch* (referanse i note 79) s. 467 og *Kälin* (referanse i note 79) s. 350-351.

²²⁷ Dommens premiss 150.

²²⁸ Henvisning ovenfor i note 181.

²²⁹ For en liknende argumentasjon før *Bosphorus*, se *Kälin* s. 350-352.

midlertidig satt ut av kraft (...)». En slik suspensasjon av den virksomme sekundærlovgivningen på et av avtalens områder betyr at det ikke lenger er ensartethet mellom EØS-retten og EF-retten, noe som i praksis vil kunne medføre en rekke rettslige komplikasjoner.²³⁰ Og sist, men ikke minst, er EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen tildelt til dels vidtrekkende myndighet: Særlig viktig er det at EFTA-statene etter ODA artikkel 33 er forpliktet til å rette seg etter EFTA-domstolens avgjørelser i traktatbruddssøksmål, jf. ODA artikkel 31. På denne bakgrunn er det likevel ikke sikkert at Menneskerettighetsdomstolen ville bedømme EØS annerledes enn fellesskapet med hensyn til «overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon.»²³¹

13.3 Gir EØS-avtalen et «tilsvarende rettighetsvern» som EMK?

Med hensyn til det andre momentet, tilfredsstillende beskyttelse av fundamentale rettigheter, viser Menneskerettighetsdomstolen i *Bosphorus* som nevnt først til den generelle rettighetsbeskyttelsen i fellesskapet. Domstolen fremhever i denne forbindelse både prinsippet om EMK som en «særlig betydningsfull» kilde til fellesskapsrettens ulovfestede «rettighetskatalog», de forskjellige traktatbestemmelsene som henviser til konvensjonen, og EUs Charter for fundamentale rettigheter samt «tiltredelsesbestemmelsen» i forfatningstraktatens artikkel I-9.

Som nevnt ovenfor i 7.4 uttalte EFTA-domstolen i *Ásgeirsson*-avgjørelsen²³² at EØS- og ODA-avtalens bestemmelser «(...) are to be interpreted in the light of fundamental rights (...)». Videre fremholdt den at bestemmelsene i EMK samt Menneskerettighetsdomstolens praksis er «(...) important sources for determining the scope of these rights.»²³³ I det store og hele må dette innebære at fundamentale rettigheter, og da særlig EMK, har en tilsvarende stilling i EØS-retten som i EF-retten. Det samme gjelder avgjørelser fra Menneskerettighetsdomstolen. Jeg viser her til behandlingen av dette ovenfor i 7.4. Noen tilsvarende traktatfesting av forholdet til EMK som den særlig EU-

²³⁰ Det kan heller ikke utelukkes at en bruk av veto retten vil kunne medføre ulike former for politiske reaksjoner fra EU, alt avhengig av den politiske situasjonen ellers og hvor sentral den omstridte rettsakten anses for å være. Slik sett vil ethvert veto være noe av et sjansespill, som i større eller mindre grad vil svekke avtalen politisk. I regjeringens europamelding fra 2000 er det argumentert for at Norges politiske handlingsrom i EØS er begrenset, og at bruk av "veto retten" generelt vil kunne få store politiske skadevirkninger. Dette er også grunnen til at verken Norge eller de to andre EFTA-landene så langt har benyttet seg av retten, selv om det tidvis har vært diskutert. Se Sejersted...[et al.], *EØS-rett*, 2004, s. 181-183.

²³¹ Falch anså i 1997 en annerledes vurdering av EØS som "mindre sannsynlig", skjønt han fremholdt at spørsmålet er åpent. Se *Falch* s. 468.

²³² Henvisning ovenfor i note 72.

²³³ Dommens premiss 23.

traktatens artikkel 6 innebærer, finner vi imidlertid ikke i EØS-avtalen, og langt mindre inneholder den noe menneskerettighetscharter eller mål om tiltredelse til EMK.

Akkurat hvilken vekt Menneskerettighetsdomstolen i sin helhetsvurdering har lagt på de forskjellige elementene i EUs rettighetsvern, er vanskelig å si. I og med at verken Charterets eller forfatningstraktatens bestemmelser har bindende rettslig virkning, er det vel imidlertid neppe grunn til å tro at disse instrumentene har hatt avgjørende betydning. Videre kan det fremheves at Menneskerettighetskommisjonen i *M. & Co.* også kom til at fellesskapet ga en tilfredsstillende beskyttelse av fundamentale rettigheter, på et tidspunkt da verken EU-traktatens artikler 6 og 7, og langt mindre Charteret eller forfatningstraktaten, eksisterte. På denne bakgrunn er det vel sannsynlig at også rettighetsvernet i EØS, som formulert av EFTA-domstolen, ville bli ansett som tilfredsstillende på generelt materielt grunnlag.

Et problem med hensyn til EØS-avtalens rettighetsbeskyttelse ville imidlertid kunne oppstå i forhold til Menneskerettighetsdomstolens uttalelse om at «(...) the effectiveness of such substantive guarantees of fundamental rights depends on the mechanisms of control in place to ensure observance of such rights.»²³⁴ I sin vurdering av det fellesskapsrettslige vernet viser domstolen her for det første til de ulike sakstypene EF-domstolen kan behandle; blant annet fremheves det at sistnevnte etter EF-traktatens artikkel 230 har adgang til å prøve lovligheten av rettsakter vedtatt av fellesskapets institusjoner. Allerede her finner vi en forskjell fra EØS-systemet: Som nevnt ovenfor i X er ikke EFTA-domstolen tillagt noen kompetanse til å prøve gyldigheten av EØS-komiteens beslutninger om innføring av nye fellesskapsrettsakter i EØS-avtalen.

Sentralt i EMK-konstruksjonen står imidlertid den individuelle klageadgangen. Avgjørende for Menneskerettighetsdomstolen i dens vurdering av EF-systemet er derfor privatpersoners mulighet for å påberope seg sine fellesskapsrettslige fundamentale rettigheter. Som nevnt finner Menneskerettighetsdomstolen i *Bosphorus* at EFs ordning alt i alt er tilfredsstillende, til tross for at individenes søksmålskompetanse for EF-domstolen er begrenset. Begrunnelsen synes først og fremst å være knyttet til de nasjonale domstolenes rolle som «gjennomføringsorganer» for fellesskapsretten: Fordi EF-systemet inneholder prinsippene om særlig forrang og direkte virkning, har privatpersoner en effektiv mulighet for å påberope seg fellesskapsretten, herunder dens fundamentale rettighetsgarantier, for nasjonale domstoler. Samtidig kan EF-domstolen, gjennom adgangen til å treffe prejudisielle avgjørelser, kontrollere at de nasjonale rettsinstansenes anvendelse av fellesskapsrettens garantier er korrekt.

Også i EØS ligger privatpersoners mulighet for å påberope seg sine rettigheter først og fremst i de nasjonale rettssystemer. Individenes søksmålskompetanse for EFTA-

²³⁴ Dommens premiss 160.

domstolen er, med hensyn til de sakstypene domstolen kan behandle, like begrenset som for EF-domstolen. En sentral forskjell mellom EF-retten og EØS-avtalen er imidlertid at sistnevnte ikke inneholder de fellesskapsrettslige prinsippene om forrang og direkte virkning - jeg viser her til behandlingen av dette ovenfor under X. Dette medfører at private, for å kunne påberope seg sine EØS-rettigheter ved nasjonale instanser, er avhengige av at nasjonale myndigheter har implementert de aktuelle bestemmelsene i intern rett. Slik sett kan individenes mulighet for å påberope seg sine rettigheter være mindre effektiv i EØS enn i EF-systemet, noe det er rimelig å tro at også Menneskerettighetsdomstolen ville merke seg. Videre har også EFTA-domstolen mindre kontrollmulighet overfor de nasjonale domstolenes anvendelse av EØS-retten: Mens EF-domstolens prejudisielle avgjørelser etter EF-traktatens artikkel 234 er bindende, kan EFTA-domstolen kun avgi rådgivende uttalelser, jf. EØS-avtalens artikkel 34. EFTA-landenes nasjonale domstoler har heller aldri plikt til å stille prejudisielle spørsmål. Dermed har man ikke den samme garantien for riktig tolkning av regelverket i EØS som i fellesskapet.²³⁵

Menneskerettighetsdomstolen viser imidlertid også til EF-rettens prinsipp om medlemsstatenes erstatningsplikt overfor private for manglende eller feilaktig nasjonal gjennomføring av fellesskapsrettsakter. Denne doktrinen var med på å «(...) greatly [enlarge] the role of the domestic courts in the enforcement of Community law and its fundamental rights' guarantees.» I *Sveinbjörnsdóttir*-avgjørelsen slo EFTA-domstolen fast at et tilsvarende prinsipp, i hovedsak basert på de samme kriterier, gjelder også i EØS-retten.²³⁶ Her står vi altså overfor en likhet mellom fellesskapsretten og EØS hva angår vernet om individers rettigheter, som det ikke er usannsynlig at Menneskerettighetsdomstolen ville lagt en viss vekt på. Hvor stor betydning erstatningsprinsippet hadde i Menneskerettighetsdomstolens helhetsvurdering i *Bosphorus*, og følgelig hvilken vekt domstolen eventuelt ville komme til å legge på denne likheten mellom EF og EØS, er imidlertid vanskelig å si. Med tanke på at erstatning kun godtgjør et økonomisk tap, og ikke innebærer noen oppfyllelse av den aktuelle rettigheten i seg selv, kan det vel imidlertid tenkes at Menneskerettighetsdomstolen ikke ville funnet dette prinsippet alene tilstrekkelig til å erklære EØS-rettens rettighetsvern som tilfredsstillende.

²³⁵ Det kan imidlertid spørres hvor praktisk det egentlig er at en nasjonal domstol ikke skulle følge EFTA-domstolens råd. Til nå har i hvert fall norske domstoler alltid fulgt slike uttalelser, og i *Finanger*-saken, Rt. 2000 s. 1811, slo Høyesterett i plenum fast at en prejudisiell uttalelse fra EFTA-domstolen må tillegges stor rettskildemessig vekt.

²³⁶ Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir vs. Island*.

13.4 Sammenfatning

I del IV har vi sett på i hvilken grad Menneskerettighetsdomstolen er villig til å holde statene ansvarlig for deres nasjonale gjennomføring av henholdsvis EU- eller EØS-rett. En slik prøving fra Menneskerettighetsdomstolens side innebærer samtidig en *indirekte* kontroll med den aktuelle *felleskaps- eller EØS-rettens* forenlighet med EMK.

Siden Menneskerettighetskommisjonens avgjørelse i *M & Co.* er det i Strasbourg blitt vist tendenser til en stadig mer «offensiv» holdning overfor konvensjonspartenes øvrige internasjonale forpliktelser. Dommen i *Bosphorus* utgjør det til nå siste skuddet på stammen av slike synspunkter. Her ble det uttalt at dersom statene har overført myndighet til en internasjonal eller overnasjonal organisasjon, og denne organisasjonen gir en «tilsvarende beskyttelse» av fundamentale rettigheter som det EMK gjør, gjelder det en *presumpsjon* for at nasjonale myndigheter overholder konvensjonsbestemmelsene når de gjennomfører forpliktelser utledet av organisasjonsmedlemskapet. Denne presumpsjonen kan så motbevises i konkrete tilfeller. Om *Bosphorus* på denne bakgrunn utgjør det «paradigmeskiftet» som ble spådd etter *Matthews*, er litt usikkert, men avgjørelsen kan nok i hvert fall tolkes som en «advarsel» til fellesskapet om ikke å avvike alt for mye fra EMKs rettighetsgarantier.

Når det gjelder spørsmålet om Menneskerettighetsdomstolen ville latt «Bosphorus-regelen» få anvendelse også på EØS-samarbeidet, er dette vanskelig å besvare med noen særlig grad av sikkerhet. For det første er det uklart om domstolen ville ansett EFTA-landenes medlemskap i EØS for å innebære noen form for «overføring av myndighet til en internasjonal organisasjon». Og for det andre er det usikkert om EØS-avtalens menneskerettighetsvern ville oppfylle kriteriet om å være «tilsvarende» det som garanteres ved EMK. I denne sammenheng kan det imidlertid påpekes at EØS-konstruksjonen mangler en del av de kontrollmekanismene som i EMDs øyne bidro til å gjøre EUs rettighetsvern tilfredsstillende.

Del V Avslutning

14 EMK i veikrysset

Innledningsvis i avhandlingen pekte jeg på de to rettsintegrerende retningene i Europa etter 2. verdenskrig. Behandlingen underveis har imidlertid vist at det heller er tale om *tre* veier: To hovedveier - EU og EMK – og en avledet, nemlig EØS. Den sistnevnte har et nært slektskap med EU, men er som vi har sett ikke helt det samme som unionssamarbeidet. Særlig gjør det seg gjeldende betydningsfulle forskjeller med hensyn til graden av overnasjonalitet i de to traktatverkene.

Når det gjelder den økonomiske retningens møte med menneskerettighetsretningen, har de foregående kapitlene vist at det for *EUs* vedkommende etter hvert har utviklet seg visse «kjøreregler». Disse er utviklet av EF-domstolen på den ene siden og av Menneskerettighetsdomstolen på den annen, og viser at domstolene – ved å uttrykke og gjennomføre gjensidig respekt for hverandres rettssystemer - jevnt over søker å skape en form for «fredelig sameksistens» snarere enn å gå i åpen konflikt med hverandre. Historien har imidlertid vist at enkelte uoverensstemmelser likevel er «virtually inevitable»²³⁷, og som vi har sett har Menneskerettighetsdomstolen i sin senere rettspraksis vist tendenser til en mer offensiv holdning overfor EU. Om den fremtidige «sameksistensen» mellom unions- og EMK-systemet blir preget av harmoni eller konflikt, gjenstår derfor å se.

Noen tilsvarende grad av «kjøreregler» for *EØS-avtalens* møte med menneskerettighetene har vi ikke. Og EØS-samarbeidets preg av å være nært beslektet med, men ikke tilsvarende, EU-samarbeidet, innebærer at løsningen her ikke behøver å være helt den samme som for EU. Det er her viktig å analysere de ulike situasjonene der menneskerettighetskontrollen finner sted. I kapittel 9 viste jeg, etter en slik analyse, at EØS-avtalens folkerettslige karakter, og det derav følgende hensynet til EFTA-landenes suverenitet, medfører at særlig den EU-rettslige kontrollen med *medlemsstatenes* handlinger kan skape problemer. Spesielt kan det etter min mening reises spørsmål ved om den EØS-rettslige «menneskerettighetskontrollen» også bør omfatte EFTA-landenes derogasjonsbegrunnelser. EFTA-domstolens avgjørelse i *Ásgeirsson* gir ikke noe klart svar på dette.

Menneskerettighetsdomstolen har i sine senere avgjørelser, særlig *Matthews* og *Bosphorus*, tydelig vist at det i utgangspunktet ikke finnes noe «skjold» i form av øvrige

²³⁷ Uttrykket er hentet fra *Harmsen* (henvisning note 168 ovenfor) s. 627. Slike uoverensstemmelser mellom EU-systemet og EMK – historiske eller mulig fremtidige - har som nevnt vært ofret mye oppmerksomhet i europarettlig teori.

internasjonale forpliktelser som statene kan gjemme seg bak dersom deres handlinger krenker EMK. Den enkelte nasjonalstat er – i hvert fall prinsipielt sett - grunnleggende ansvarlig i forhold til konvensjonen for at internasjonale traktater den har tiltrådt overholder fundamentale rettigheter. Disse synspunktene kan selvfølgelig også overføres på den internasjonale traktaten EØS-avtalen. Men noe egentlig argument for at avtalen i seg selv skal innholde et menneskerettighetsvern tilsvarende det som gjelder i EU, utgjør de etter min mening ikke: For Menneskerettighetsdomstolen må det avgjørende være *at* de fundamentale rettighetene blir vernet, ikke *hvordan*. Siden samtlige av EFTA-land har ratifisert EMK, er de allerede av den grunn bundet av konvensjonens bestemmelser – det trengs ikke en ekstra EØS-rettslig kontroll med at menneskerettighetene blir overholdt. Dette gjelder både for statenes nasjonale gjennomføring og håndhevelse av EØS-regler, og for deres derogasjonsbegrunnelser.

Mot denne argumentasjonen kan det selvfølgelig innvendes at også alle EU-landene har tiltrådt EMK, og at det følgelig heller ikke i EU-systemet strengt tatt er nødvendig å føre en «ekstra» menneskerettighetskontroll med medlemsstatenes gjennomførings-handlinger og derogasjoner. Like fullt gjelder det der et slikt kontrollprinsipp. Til dette kan det imidlertid påpekes at EU-rettsens karakter av å være et «overnasjonalt» rettssystem medfører at hensynet til medlemslandenes folkerettslige suverenitet får en noe begrenset vekt. EU-konstruksjonen står dermed i motsetning til forholdene under EØS-avtalen, der samarbeidets folkerettslige karakter gjør ivaretagelsen av EFTA-statenes autonomi til et viktig moment.

Etter dette ser vi at en hensyntaken til EFTA-landenes suverenitet i form av en begrensning av «menneskerettighetskontrollens» omfang ikke nødvendigvis behøver å gå på akkord med ivaretagelsen av fundamentale rettigheter i EØS-sammenheng.

Dersom en EFTA-stat i en sak for Menneskerettighetsdomstolen søkte å påberope seg Bosphorus-presumpsjonen om konvensjonsoverholdelse, på bakgrunn av at EØS-avtalen gir en «tilsvarende rettighetsbeskyttelse» som EMK, har vi sett at det slett ikke er sikkert at domstolen ville sagt seg enig i dette. Det er her verdt å merke seg at det som trolig ville kunnet «felle» EØS-systemets menneskerettighetsvern, ikke er en eventuell mangel på kontroll med medlemsstatenes handlinger, men derimot kanskje særlig unnlatsen av å gi EØS-retten *direkte virkning* i de nasjonale rettssystemer. Som vi har sett, vil dette kunne medføre at individenes mulighet for å fremme sine fundamentale rettigheter for interne domstoler – et hensyn som står svært sentralt i Strasbourg – er dårligere i EØS enn i EU. Paradoksalt nok kan dermed EFTA-landenes «kampsak» om ikke å innlemme fellesskapsrettens prinsipper om forrang og direkte virkning i EØS-avtalen, føre til at deres posisjon på menneskerettighetsarenaen blir mer «utsatt» enn det som er tilfellet for deres EU-rettslige «brødre».

Gjennomgangen ovenfor viser at det, sett fra et *menneskerettighetsståsted*, strengt tatt ikke er nødvendig å la den EØS-rettslige kontrollen med overholdelsen av fundamentale rettigheter omfatte EFTA-statenes handlinger. Et slikt synspunkt faller sammen med den beste løsningen sett fra et *suverenitetsståsted*. På den annen side tilsier selvfølgelig EØS-samarbeidets *homogenitetsmålsetning* at menneskerettighetskontrollen har den samme utstrekning i EØS som i fellesskapet.

Hvilken menneskerettslig linje EFTA-domstolen i fremtiden vil legge seg på, er vanskelig å spå med sikkerhet. Frem til nå har domstolen jevnt over inntatt et rettspolitisk sett *integrasjonsvennlig* standpunkt, og fremhevet målet om ensartet tolkning.²³⁸ Vektleggingen av homogenitetsprinsippet har som vi har sett også gjenspeilet seg i domstolens praksis på menneskerettighetsområdet. Det er imidlertid grunn til å fremheve at spørsmålet om en eventuell «rettighetskontroll» med EFTA-statenes handlinger ennå ikke har vært oppe, og at domstolen hvis – eller kanskje heller *når* – problemet reiser seg, i hvert fall etter min mening bør ha et noe klarere øye til det folkerettslige suverenitetsprinsippet.

Det er også enkelte andre problemer knyttet til å legge seg svært tett opp til den EU-rettslige menneskerettighetslinjen. I EU er ikke de fundamentale rettighetene bare knyttet til bestemmelsene om det indre marked, men er i ferd med å bli en unionspolitikk i seg selv. Dette er langt på vei en konsekvens av EU-samarbeidets mål om å være «en ny etappe i prosessen for å skape en stadig nærmere sammenslutning mellom de europeiske folk».²³⁹ Et langt skritt i denne retning er tatt med vedtakelsen av Traktaten om en forfatning for Europa, som i artikkel I-9 fastslår både at EUs Charter om grunnleggende rettigheter skal få bindende status (nr. 1), og at unionen skal tiltre EMK (nr. 2).

Dersom forfatningstraktaten trer i kraft – noe som per november 2005 i beste fall er usikkert – kan begge disse bestemmelsene skape enkelte vanskeligheter for «menneskerettighetshomogeniteten» mellom EU og EØS. For det første vil unionen, ved å innta Charteret i traktatens del II, være bundet av en skreven rettighetskatalog som ikke er del av EØS-samarbeidet. Akkurat i forhold til EMK er det imidlertid ikke sikkert at dette ville skape noen store problemer: I charterets artikkel 52 nr. 3 (forfatningstraktatens artikkel II-112 nr. 3) er det uttalt at i det omfang charteret inneholder rettigheter som er sikret ved EMK, «har de samme betydning og omfang som i konvensjonen.» Bestemmelsen er tydelig ment å skulle fremme harmoni mellom charteret og EMK,²⁴⁰ og innebærer i så måte - i hvert fall formelt sett – ingen store endringer i dagens rettstilstand.

²³⁸ *EØS-rett 2004* (referanse i note ? ovenfor) s. 108 og 165.

²³⁹ Se EU-traktatens artikkel 1, 2. ledd, samt fortalens 2.-4. ledd.

²⁴⁰ *Craig og de Búrca* (referanse i note ? ovenfor) s. 361.

For det andre vil målsetningen om at EU skal tiltre EMK innebære at unionen blir underlagt Menneskerettighetsdomstolen kompetanse. Dette vil aldri kunne bli tilfelle for EØS – som nevnt innebærer den manglende statusen som folkerettssubjekt at EØS ikke engang har kompetanse til å ratifisere konvensjonen. Om EFTA-domstolen likevel, av hensyn til homogeniteten med EU-retten, skulle måtte gå bort fra sin «kildemessige» bruk av rettighetene i EMK og den friheten dette innebærer, er usikkert. En eventuell tiltredelse til EMK fra EUs side ville jo innebære at EF-domstolen mistet den friheten i forhold til konvensjonen som den til nå har betinget seg.

Det er ikke hensikten med denne avhandlingen å søke å finne svar på hva fremtidens utvikling innen EU vil innebære for EØS-samarbeidet. For mitt formål er det tilstrekkelig å peke på at spørsmålet om menneskerettighetsvernet i EØS fort kan komme til å bli like vanskelig å besvare – og kanskje også kreve nye svar – i fremtiden. Det er med andre ord både i dag og trolig noen år frem i tid vanskelig å oppstille noen klare «kjøreregler» for «EØS-veiens» møte med «menneskerettighetsveien» fra EU-veien.

Kildeliste

Bøker og artikler:

- Baudenbacher, Carl. *The EFTA Court and the European Court*. I: Müller-Graff, Peter-Christian og Selvig, Erling (red.). EEA-EU Relations. [Berlin] 1999, s. 69
- Bernitz, Ulf. *Om EES-avtalet. Bakgrund, utformning och tolkning*. I: EES-avtalet i svensk rätt. Ulf Bernitz...[et al.]. Stockholm, 1993, s. 7
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International law*. 6. utg. Oxford, 2003
- Bull, Henrik. *Det indre marked for tjenester og kapital*. Oslo, 2002
- Bull, Henrik. *EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett*. I: LoR 1992 s. 583
- Cohen-Jonathan, G. *A propos de l'arrêt Matthews c. Royaume-Uni (18 février 1999)*. (1999) 35 Revue trimestrielle de droit européen, No. 4 s. 637
- Coppel, Jason og Aidan O'Neill. *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?* I: Common Market Law Review 1992, s. 669
- Craig, Paul. *EU Law. Text, cases, and materials*. Paul Craig og Gráinne de Búrca. 3. utg. Oxford, 2003
- de Witte, Bruno. *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*. I: Alston, Philip (red.). The EU and Human Rights. Oxford, 1999
- Douglas-Scott, Sionaidh. *Constitutional Law of the European Union*. [London], 2002
- Falch, Ingvald. *Menneskerettigheter og EU/EØS – En eller flere konstitusjoner for Europa?* I: Lov og Rett 1997 s. 451.
- Fløistad, Karin. *Fundamental Rights and the EEA Agreement*. ARENA Report No 1/2004
- Harris, D.J. *Law of the European Convention on Human Rights*. D.J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick. London, 1995

- Harmsen, Robert. *National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate*. I: (2001) 7 EPL s. 625
- Hartley, T.C. *The Foundations of European Community Law*. 5. utg. Oxford, 2003
- Jacobs, Francis G. *Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice*. I: (2001) 26 E.L.Rev. s. 331
- Jervell, Stephan L. *Lovgivningen i EØS – Beslutningsprosessen, gjennomføringen og konsekvensene*. Oslo, 2002
- Kälin, Walter. *The EEA Agreement and the European Convention for the Protection of Human Rights*. I: European Journal of International Law. Vol. 3 nr. 2, 1992 s. 341
- Lawson, R. A. *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen: Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties*. Kluwer, Deventer, 1999
- Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. Oslo, 1998
- Ryssdal, Rolv. *On the Road to a European Constitutional Court*. I: Collected Courses of the Academy of European Law 1991 Vol. II Book 2, s. 7
- Sejersted, Fredrik. *EØS-rett*. Fredrik Sejersted ... [et al.]. Oslo, 2004
- Sejersted, Fredrik. *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al.]. Oslo, 1995, s. 163
- Sejersted, Fredrik. *Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context – On the Legal Dynamics of the EEA Agreement*. I: Müller-Graff, Peter Christian og Selvig, Erling (red.). *The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe*. [Berlin] 1997, s. 43
- Spielmann, Dean. *Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities*. I: Alston, Philip (red.). *The EU and Human Rights*. Oxford, 1999
- Steiner, Josephine og Woods, Lorna. *Textbook on EC Law*. 8. utg. Oxford, 2003
- van Gerven, Walter. *The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect*. I: Fordham International Law Journal 1992-1993 s. 955
- Wahl, Nils. *“Relevanta” avgöranden av EG-domstolen*. I: EES-avtalet i svensk rätt. Ulf Bernitz...[et al.]. Stockholm, 1993, s. 181

Weiler, Joseph H.H. og Lockhart, Nicolas J.S. “*Taking Rights Seriously*” *Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence.*” I: CML Rev. 1995 s. 51-94 (Part I) og s. 579-627 (Part II)

Rettspraksis:

Dommer fra EF-domstolen

Sak 1/58, *Stork vs. High Authority*, Domssaml. 1959 s. 17

Forente saker 36, 37, 38 og 40/59, *Geitling vs. High Authority*, Domssaml. 1960 s. 42

Sak 25/62, *Plaumann vs. Kommisjonen*, Sml. 1963 s. 95

Sak 26/62, *van Gend & Loos*, Sml. 1963 s. 3

Sak 6/64, *Costa vs. Enel*, Sml. 1964 s. 1194

Sak 40/64, *Marcello Sgarlata and Others vs. Commission of the EEC*, Domssaml. 1965 s. 215

Sak 29/69, *Erich Stauder vs. City of Ulm*, Sml. 1969 s. 419

Sak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Sml. 1970 s. 1125

Sak 36/75, *Rutili*, Sml. 1975 s. 1219

Sak 120/78, *Cassis de Dijon (Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein)*, Sml. 1979 s. 649

Forente saker 60 og 61/84, *Cinéthèque SA vs. Fédération nationale des cinèmas français*. Sml. 1985 III s. 2605

Sak 121/85, *Conegate vs. HM Customs & Excise*, Sml. 1986 s. 1007

Sak 12/86, *Meryem Demirel vs. Stadt Schwäbisch Gmünd*. Sml. 1987 IV s. 3719

Sak 46/87 og 227/88, *Hoechst AG vs. Kommisjonen*, Sml. 1989 s. 2859

Sak 374/87, *Orkem*, Sml. 1989 s. 3283

Sak 5/88, *Hubert Wachauf vs. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*. Sml. 1989 III s. 2609

Sak C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE*, Sml. 1991 s. 2925

Sak C-267/91 og C-268/91, *Keck og Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097

Sak C-2/92, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*. Domssaml. 1994 s. I-955

Sak C-292/97, *Kjell Karlsson m.fl.* Domssaml. 2000 s. I-2737

Sak C-274/99, *Connolly vs. Kommisjonen*, Domssaml. 2001 s. I-1611

Sak C-94/00, *Roquette Freres*, Domssaml. 2002 s. I-9011

Sak C-112/00, *Schmidberger*, Domssaml. 2003 s. I-5659

Uttalelser fra EF-domstolen

Uttalelse 1/91, Sml. 1991 s. I-6079

Uttalelse 2/94, Sml. 1996 s. I-1759

Dommer fra EFTA-domstolen

Sak E-8/97, *TV 1000 Sverige AB mot Norge*

Sak E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir vs. Island*

Sak E-4/01, *Karl K. Karlsson vs. Island*, REC 2002 s. 245

Sak E-6/01, *CIBA Speciality Chemical Water Treatments Ltd med flere vs. Den norske stat*

Sak E-2/02, *Technologien Bau- und Wirtschaftsberatung og Bellona vs. EFTA Surveillance Authority*

Sak E-2/03, *Ákæruvaldið vs. Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson og Helgi Már Reynisson*

Dommer fra Menneskerettighetsdomstolen

Handyside vs. Storbritannia, no. 5493/72, Serie A vol. 24

Confédération française démocratique du travail vs. European Communities; Alternatively, their Member States, Jointly and Severally, no. 8030/77, (1978) 21 Yearbook of the European Convention on Human Rights s. 530

Funke vs. Frankrike, no. 10828/84, Serie A 256-A

M & Co. vs. Tyskland, no. 13258/87, 64 Decisions & Reports s. 138

Christiane Dufay vs. European Communities; Secondly, the Collectivity of their Member States and their Member States Taken Individually, no. 13539/88

Niemietz vs. Tyskland, no. 13710/88, Serie A 251-B

Cantoni vs. Frankrike, no. 17862/91, ECHR 1996-V

Pafitis and others vs. Greece, no. 20323/92, ECHR 1998-I

Matthews vs. Storbritannia [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I

Waite og Kennedy vs. Tyskland, no. 26083/94, ECHR 1999-I

S.A. Dangeville vs. Frankrike, no. 36677/97, ECHR 2002-III

Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Irland (GC), no. 45036/98 (ennå ikke inntatt i domssaml.)

Dommer fra Høyesterett

Rt. 1997 s. 1954, Løten Kommune

Rt. 1997 s. 1965, Eidesund

Rt. 1999 s. 977, Nemko

Rt. 2000 s. 1811, Finanger

Dommer fra øvrige domstoler

Re the Application of Wiinsche Handelsgesellschaft. Bundesverfassungsgericht 22. oktober 1986, CMLR 1987 III s. 225

Norske stortingsdokumenter

St.prp. nr. 100 (1991-92) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)

Særskilt vedlegg nr. 1 til St.prp. nr. 100 (1991-92)

Utenlandske forarbeider

1992/93:EU 1

Folkerettslige avtaler

Europarådets statutter – 5. mai 1949

Den europeiske menneskerettskonvensjon – 4. november 1950

Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap – Roma 25. mars 1957

Wienkonvensjonen om traktatretten – 23. mai 1969

Traktat om Den europeiske union – Maastricht 7. februar 1992

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) – Oporto 2. mai 1992